Die geschichtliche Entwicklung der Vermächtnisarten unter besonderer Berücksichtigung der Frage des dinglichen Einzelvermächtnisses

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

einer

Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von HANS-GÜNTER WYNANDS
Gerichtsassessor aus Aachen

DRUCK: JOHANNES VOLK · VERLAG UND BUCHDRUCKEREI · AACHEN · SEILGRABEN 41

1939

HANS-GÜNTER WYNANDS

Die geschichtliche Entwicklung der Vermächtnisarten unter besonderer Berücksichtigung der Frage des dinglichen Einzelvermächtnisses

Die geschichtliche Entwicklung der Vermächtnisarten unter besonderer Berücksichtigung der Frage des dinglichen Einzelvermächtnisses

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

einer

Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von HANS-GÜNTER WYNANDS
Gerichtsassessor aus Aachen

DRUCK: JOHANNES VOLK · VERLAG UND BUCHDRUCKEREI · AACHEN · SEILGRABEN 41

Referent: Professor Dr. G. BOEHMER

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547922_0031

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften

Albrecht: Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, Königsberg 1928.

Almasi: Ungarisches Privatrecht, I. Band, Berlin-Leipzig 1922.

v. Amira: Grundriß des germanischen Rechts, 3. Aufl., Berlin 1911.

v. Anders: Grundriß des Erbrechts, 2. Aufl., Leipzig 1910.

Bähr: Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines BGB., München 1888, ArchBürgR. 3, S. 170 ff.

Bähr: Zur Beurteilung des Entwurfes eines BGB., München 1888, Abdruck aus der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 11, 3 und 4.

Behrend: Die Magdeburger Fragen, Berlin 1865.

Bekker-Fischer: Beiträge zur Erläuterung des Entwurfs eines BGB.

Nr. 16: Petersen: Die Berufung zur Erbschaft und der letztwilligen Verfügungen überhaupt.

Nr. 17: Eck: Die Stellung des Erben in dem Entwurf.

Bendix: Das deutsche Privatrecht, Breslau 1898.

Beseler: Die Lehre von den Erbverträgen, 1835—1840.

Beseler: System des gemeinen Privatrechts, Berlin 1885.

Binder: Bürgerliches Recht, Erbrecht, Berlin 1923.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen BGB., Leipzig 1901.

Binder: Zur Erbrechtsreform in: Deutsches Recht 1939, 107 f.

Binder: Zur Reform des Erbrechts in: JW., 1939, 566 ff.

Bluntschli: Das zürcherische Erbrecht mit Erläuterungen, Zürich 1865.

Boehmer G.: Erbfolge und Erbenhaftung, Halle 1927.

Boehmer G.: Siehe: v. Staudinger.

Boehmer G.: Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben in: Reichsgerichtsfestgabe der jur. Fakultäten 1929, III., S. 216—316.

Boehmer G.: Vorschläge zur Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge (§§ 1924—1936 BGB.). — Schriften der AkfDR. Nr. 5, Berlin 1938.

Boehmer G.: Eintritt des Erben in pflichtbelastete Rechtslagen des Erblassers in: JW. 1938, 2634 ff.

Boehmer J. F.: Codex diplomaticus Moenofrancofurtanus, Theil 1, Frankfurt 1836.

Bonfante: Scritti giuridici varii I. Famiglia e successione II., 2 Proprietà e servitù.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, Erlangen 1886.

Bruck: Totenteil und Seelgerät im griech. Recht in: Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, München 1926.

Bruck: Zur Entwicklungsgeschichte der Testamentsvollstreckung in: Grünhuts Ztschr. Band 40, S. 533 ff.

Brückner: Vermächtniserwerb nach gemeinem Recht und nach dem BGB., Berlin 1901.

Brunner: Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, Berlin 1880.

Brunner: Der Totenteil in germanischen Rechten, ZSSGerm. 19, 107.

Brunner-Heymann: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., 1923.

Brunner-v. Schwerin: Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Leipzig 1928.

v. Buchka: Vergleichende Darstellung des BGB. und des gemeinen Rechts, Berlin 1897.

Bünger: Zivil- und Handelsgesetzbuch von China, Marburg 1934.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Jena 1924.

Crome: System des Bürgerlichen Rechts, Tübingen 1912.

Curti: Englands Privat- und Handelsrecht, Berlin 1927.

Curti: Frankreichs Privat- und Handelsrecht, Berlin 1934.

Curti-Forrer: Schweizerisches ZGB., Zürich 1911.

v. Czyhlarz-San Nicolo: Lehrb. der Inst. des röm. Rechts, 18. Aufl., Wien 1924.

Dernburg: Deutsches Erbrecht, 3. Aufl., Halle 1911.

Dernburg-Biermann: Pandekten, 6. Aufl., 3. Band, Berlin 1901.

Doelle: Lehrb. des Reichserbhofrechts, Berlin 1935.

Eck: In: 30. Jahresbericht der jur. Gesellschaft zu Berlin.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB., Herausgeber Leonhard, Berlin 1904.

Eckhardt-Hübner: Deutschenspiegel und Augsburger Sachsenspiegel, Hannover 1930.

Ehrenzweig: System des österr. allg. Privatrechts, 6. Aufl., Wien 1924.

Endemann: Das Kayser Reich und die Handschrift von 1372, Cassel 1846.

Endemann: Lehrb. des BGB., 8./9. Aufl., Berlin 1919.

Endemann: Röm. Privatrecht, Berlin und Leipzig 1925.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands, Berlin 1913.

Ficker: Der Spiegel deutscher Leute, Innsbruck 1859.

Ficker: Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgerm. Rechte, I., V.

Flad: Vindikationsvermächtnis? in: Ztschr. d. AkfDR. III., 15/16, S. 738 ff.

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des Preuß. Privatrechts, 5. Aufl., Berlin 1888.

Förtsch: Vergl. Darstellung des code civil und des BGB., Berlin 1897.

Friedensburg: In: Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages, Band 2 (Gutachten).

Frommhold: Erbrecht d. BGB., Bln. 1900.

Gál: Totenteil und Seelteil nach südd. Rechten, ZSSGerm. 29, 225.

Gengler: Germ. Rechtsdenkmäler, Erlangen 1875.

Gierke, O.: Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht, Leipzig 1889.

Gierke, O.: Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895.

Gierke, O.: Grundz. d. d. Priv.-Rechts in: Holtz.-Kohl. Arch. I., 297 ff.

Girard-Mayr: Gesch. u. Syst. d. röm. Rechts, Berlin 1908.

v. Glanvell: Die letztw. Vfgen. nach gemeinem kirchl. Recht, 1900.

Göschen: Die Goslarischen Statuten, Berlin 1840.

Grimm: Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Aufl., besorgt durch Heusler und Hübner.

Hasenöhrl: Österr. Landesrecht, Wien 1867.

Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.

Heusler: Die Gewere, Weimar 1872.

Heusler: Inst. d. d. Priv.-Rechts, Band 2, Leipzig 1886.

v. Holtzendorff-Kohler: Enzyklopädie der Rechtswissenschaften, 6. Aufl.

Homeyer: Des Sachsenspiegels erster Teil oder das sächsische Lehnrecht, 3. Aufl., Berlin 1861.

Huber: Gestalt des deutschen Sozialismus, 1933.

Ihering: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. und deutschen Rechts.

Jakubewsky: Bemerkungen z. d. Entw. eines BGB., München 1892.

Jörs-Kunkel: Gesch. u. Syst. d. röm. Priv.-Rechts, Berlin 1935.

Karlowa: Röm. Rechtsgesch., Bd. II. 1, Leipzig 1901.

v. Keller-Lewis: Pand., 2. Band, Leipzig 1867.

Kipp: In: Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. d. Bürg. Rechts, Band II. 3, Das Erbrecht, 7. Bearb., Marburg 1928.

Kisch: Die Kulmer Handfeste, Stuttgart 1931.

Klang-Rappaport: Komm. zum ABGB. II. 1, Wien 1935.

Klibanski: Handb. des ges. russischen Zivilrechts II. Band.

Kniep: Gai Institutionum Commentarius, Band III., Jena 1903.

Koch: ALR., I. Teil, Bd. 2, Berlin 1853.

Koeppen: Lehrb. d. heut. röm. Erbrechts, Würzburg 1895.

Kraut: Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Priv.-Recht.

Kretzschmar: Erbrecht des deutschen BGB., 2. Aufl., Leipzig 1913.

Krückmann: Inst. d. BGB., 4. Aufl., Leipzig 1912.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB., 3. Teil, Berlin 1901.

Laband: Das Magdeb.-Breslauer syst. Schöffenrecht, Berlin 1863.

Lange: Das Recht des Testamentes, 1. Denkschr. des Erbr.-Ausschusses d. AkfDR., Tübingen 1937.

Lange: Die Ordnung d. ges. Erbfolge, 2. Denkschr. des Erbr.-Ausschusses d. AkfDR., Tübingen 1938. Arbeitsber. d. Ak. Nr. 7.

v. Laßberg: Der Schwabenspiegel.

Leist: Zur Gesch. d. röm. Societas, 1881.

Leman: Das alte Culmische Recht, Berlin 1838.

Leonhard: Erbrecht, 2. Aufl., Berlin 1912.

Leske: Vergl. Darst. des BGB. und des Preuß. ALR., Berlin 1903.

Leske-Loewenfeld: Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr.

Leuthold: Russische Rechtskunde, Leipzig 1889.

Loersch: Aachener Rechtsdenkmäler aus dem 13., 14. und 15. Jahrhundert, Bonn 1871.

Loew: Der code civil für die Pfalz, Kaiserslautern 1883.

Maklezow-Timaschew-Alexejew-Sawadsky: Das Recht Sowjetrußlands, Tübingen 1925.

v. Maurer: Das Stadt- und Landrechtsbuch Ruprechts v. Freysing, Stuttgart 1839.

Maurenbrecher: Die Rheinpr. Landrechte, Bonn 1830.

Mayer-Homberg: Die fränk. Volksrechte im Mittelalter, Bd. I., Weimar 1912.

Mayr: Lehrb. d. bürg. Rechts, 4. und 5. Buch, Reichenberg 1923.

Meischeider: Die letztw. Vfgen. nach dem BGB. f. d. deutsche Reich, Leipzig 1899.

Merk: Das Eigentum im Wandel der Zeiten in: Fr. Manns, Pädagogisches Magazin 1934, Heft 1388.

Mitteis: Röm. Priv.-Recht bis auf die Zeit Diokletians, Band I., Leipzig 1908.

Mommsen: Staatsrecht, Bd. III. 1, Leipzig 1887.

Mommsen: Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht, Braunschweig 1876.

Opitz: Gutachten über den Entwurf eines BGB., Leipzig 1889.

Planck: Komm. z. BGB., 5. Bd., bearb. von Flad, Berlin und Leipzig 1930.

Planitz: Grundz. d. deutschen Privatrechts in: Kohlrausch-Kaskels Enz. d. R.- u. Staatswiss. V., 1925.

Puchta-Rudorff: Pand., 10. Aufl., Leipzig 1866.

Roth: Bayr. Civilr., Tübingen 1875.

Ruppert: Code civil en vigueur dans le Grand-Duche de Luxembourg, Luxembourg 1903.

Salkowski: Ausführl. Erl. d. Pand. nach Hellfeld, 49. Teil, Erl. 1889.

v. Savigny: Syst. d. heut. röm. Rechts, Berlin 1841.

Schilling-Ehlers: Lettlands Bürgerliches Gesetzb., Riga ohne Jahr.

Schlegelberger: Rechtsvergl. Handwörterbuch f. Zivil- und Handelsrecht.

Schmidt: Lehrb. d. preuß. Rechts und Proz., 2. Bd., Breslau 1875.

Schmitz: Das Problem der Beschränkung der Testierfreiheit, Berlin 1935.

Schreuer: Deutsches Privatrecht, Stuttgart 1921.

Schriften der Akademie für Deutsches Recht:

Eckhardt: Ges. des Merowingerreichs.

Eckhardt: Ges. des Karolingerreichs.

Meißner: Gulathingsbuch.

v. Schwerin: Älteres Westgötelag.

Beyerle: Ges. der Burgunden.

Wohlhaupter: Ges. der Westgoten.

Schröder - v. Künßberg: Lehrb. d. deutschen Rechtsgeschichte, Berlin 1932.

Schulin: Das griech. Testament verglichen mit dem römischen. Baseler Rektoratsrede, Basel 1882 in: Programme der Universität Basel 1881 bis 1888.

Schultze: Seelgerät und Besthaupt, ZSSGerm. 38, 301.

Schultze: Augustin u. der Seelteil des germ. Erbrechts. Studien zur Entstehungsgesch. des Freiteilsrechts in: Abhdlgen. d. phil.-hist. Klasse der Sächs. Ak. d. Wissensch., Bad 38, Nr. 4, Leipzig 1928.

Schultze: Der Einfluß der Kirche auf die Entw. des germ. Erbrechts, ZSSGerm. 35, 75 ff.

v. Schwerin: Deutsches Privatrecht 1928.

v. Schwerin: Grundz. d. d. Rechtsgesch., München und Leipzig 1934.

Seeler: Der Entw. d. russ. ZGB., Berlin 1911.

Servais-Mehelynck: Les codes et les lois spéciales les plus usuelles en vigueur en Belgique, Libre III., Nr. 6, Brux. 1933.

Siber: Haftung für Nachlaßschulden nach geltendem und künftigem Recht. Schr. d. AkfDR., Gruppe IX. Nr. 2, Berlin und Leipzig 1937.

Siber: Röm. Rechtsgesch. in Grundz. f. d. Vorl., Bd. 2, Berlin 1928.

Siegel: Das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters, Heidelberg 1853.

Siegel: Deutsche Rechtsgeschichte, Berlin 1889.

Sintenis: Das prakt. gem. Zivilrecht, 3. Bd., Leipzig 1869.

Sohm: Inst., Gesch. u. Syst. d. röm. PrivatR., 16. Aufl., München und Leipzig 1920.

Stabel: Inst. des franz. Zivilrechts, Mannheim 1883.

v. Staudinger: Komm. zum BGB., 10. Aufl., Bd. 5, Lieferung 1, bearbeitet von Boehmer, Berlin und Leipzig 1937.

Stobbe: Handb. d. d. Privatrechts, Bd. 5, Berlin 1885.

Stoll: Deutsches Bauernrecht, Tübingen 1935.

Strohal: Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB., Bd. I., 3. Aufl., Berlin 1903.

v. Sydow: Darst. d. Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels, Berlin 1828.

Tuor-Escher: Komm. z. schweizerischen ZGB., 3. Band, Zürich 1937.

Unger: Das österr. Erbrecht, Band 6.

Unger: Des Richtes Stig, Göttingen 1847.

v. Vangerow: Lehrb. d. Pand., Band 2, Magdeburg und Leipzig 1867.

Vogt: Japanisches BGB., Berlin 1927.

Voigt: Das Zivil- und Criminalrecht der 12 Tafeln, Leipzig 1883.

Voigt: Röm. Rechtsgesch., Band 2, Stuttgart 1899.

Wieacker: Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Gesch. d. röm. Gesellschaftsrechtes. I. Teil. Weimar 1936.

Wieacker: Wandlungen der Eigentumsverfassung. In: Der deutsche Staat d. Gegenw., Heft 13, 1935.

Windscheid-Kipp: Lehrb. des Pand.-Rechts, Bd. 3, 9. Aufl., Frankfurt 1905.

Wlassak: Studien zum altröm. Erb- und Vermächtnisrecht, Wien 1933.

v. Woeß: Das röm. Erbrecht und die Erbanwärter, Berlin 1911.

Zachariä-Crome: Handb. d. franz. Civilrechts, 4. Band, Freiburg 1895.

? ? ? Bürgerl. Gesetzbuch des Königreichs Polen von 1825.
? ? ? Liv-, Est- und Curländisches Privatrecht, St. Petersburg 1864.
? ? ? Ostfriesisches Landrecht unter Friedrich II.

Sammlungen

Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.

Archiv für die zivilistische Praxis.

Bemerkungen des königl. preuß. Justizministeriums zum Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines BGB.

Denkschrift zum Entwurfe eines BGB.

Die Zivilgesetze der Gegenwart, Band 1., 2., 6.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entwurf eines BGB. in der Fassung der Bundesratsvorlagen.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Gutachten aus dem Anwaltsstande über die 1. Lesung des Entwurfs eines BGB.

Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht.

Kohler-Ring, Archiv für das bürgerliche Recht.

Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich.

Mugdam, Die gesamten Materialien zum BGB., 5. Band.

Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs eines BGB.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.

Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages, Band 3.

Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierungen zum Entwurfe eines BGB.

Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zum Entwurfe eines BGB.

Zeitschriften

Deutsche Juristenzeitung.

Deutsche Justiz.

Deutsches Recht.

Juristische Wochenschrift.

Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.

Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.

Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht.

Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte.

Zeitschrift für schweizerisches Recht.

Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß.

Übersicht

Seite

I. Einleitung

§ 1. Zweck der Darstellung und ihre Umgrenzung . . 1

II. Die geschichtliche Entwicklung der Vermächtnisarten und der letztwilligen Verfügungen mit vermächtnisähnlichem Charakter 4

§ 1. Das Erbrecht in der ältesten germanischen Zeit . . 4

§ 2. Vermächtnisse und vermächtnisähnliche letztwillige Verfügungen im deutschen Rechte bis zur Rezeption . 6

A. Der Erbvertrag 6

1. Vom totenteil zur donatio pro anima . . . 6
2. Das Erbschaftsgedinge 9
3. Die Vergabung von Todes wegen in der früheren Zeit 11
4. Die Vergabung von Todes wegen im Mittelalter 12

B. Die deutsch-rechtlichen Testamente 15

§ 3. Das Vermächtnis im römischen Rechte 20

A. Das Legat 24

1. Das Vindikationslegat 25
2. Das Damnationslegat 26
3. Das legatum sinendi modo und legatum per praeceptionem 27

B. Fideikommisse 29

C. Die Zeit der Annäherung der Vermächtnisformen und ihrer Verschmelzung 30

§ 4. Das Vermächtnis unter der Herrschaft des gemeinen Rechts und der Kodifikationen der Nachrezeptionszeit 35

A. Das Vermächtnis im gemeinen Recht 35

Seite

B. Das Vermächtnis in den landesrechtlichen Kodifikationen 37

1. Das preußische Allgemeine Landrecht . . . 37
2. Code civil 38
3. Das allgemeine Österreichische Gesetzbuch . . 39
4. Das Sächsische BGB. von 1863 40
5. Verschiedenes 40

§ 5. Der Streit um das Vindikationslegat während der Entstehung des BGB. 41

A. Der I. Entwurf 41
1. Die Motive 41
2. Die Kritik des I. Entwurfes 43

B. Die weitere Entstehungsgeschichte des § 2174 BGB. 46

III. Die Frage des dinglichen Vermächtnisses im Hinblick auf die Erneuerung des deutschen Vermächtnisrechtes . . . 49

IV. Anhang

Die Wirkungsformen des Vermächtnisses in den abendländischen und abendländisch beeinflußten Auslandsrechten 59

A. Die Vorherrschaft des dinglichen Vermächtnisses . 59

1. Der Rechtskreis des code civil 59
2. Ungarn 60
3. Schweden 61

B. Die Vorherrschaft des schuldrechtlichen Vermächtnisses 61

C. Länder mit Sonderregelungen 62

D. Länder mit uneinheitlichen Rechten 64

I. Einleitung

§ 1. Zweck der Darstellung und ihre Umgrenzung

Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches wird von dem Grundsatze der Gesamtrechtsnachfolge beherrscht; sie umfaßt das gesamte Vermögen des Erblassers oder einen Bruchteil -- und wirkt als einheitliche und unmittelbare Nachfolge in die vermögensrechtliche Stellung des Verstorbenen [1]). Mit strengster Folgerichtigkeit durchgeführt, schließt sie jeden unmittelbaren Sonderguts- oder Einzelrechtserwerb von Todes wegen aus, läßt diesen vielmehr nur auf dem Wege über eine Forderung gegen den Nachlaß zu, der notwendig erst durch das Vermögen des Erben hindurchführt.

Demgegenüber stand in der germanischen Frühzeit und im frühen Mittelalter dieser Ausgangspunkt vom Nachlasse nicht im Vordergrunde. Wenngleich dann auch die Stadtwirtschaft des Hochmittelalters — und zwar ohne Rezeption — die gleichen Gedanken ausbildete, wie sie das geltende deutsche Recht zugrunde legt [2]), und wenn ferner auch seit der Rezeption die Universalsukzession allgemein zum Durchbruch gelangte, so wurde dennoch in Deutschland vor der Schaffung des BGB. der Gedanke der Universalsukzession nicht entfernt mit der römischen Schärfe durchgeführt [3]). Die Verfasser des BGB. entnahmen den Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge vielmehr dem Gedankengute des römischen Erbrechts, des „Schoßkindes der Pandektendoktrin“ [4]), und führten ihn mit einer das römische Recht sogar noch überbietenden und überspitzten systematischen Folgerichtigkeit durch [5]).

Es ist daher erklärlich, daß in den Erörterungen über die bevorstehende deutsche Rechtserneuerung auf dem Gebiete des Erbrechts neben anderen wichtigen Fragen (z. B. denen der Ausgestaltung der gesetzlichen Erbfolge, des Pflichtteilsrechtes und der teilweise schon

---

[1]) *Staud.-Boehmer S. 164 (3).*
[2]) *Sohm S. 680; Wieacker, Wandlungen S. 15.*
[3]) *Bruck, Testamentsvollstr. S. 556.*
[4]) *Kübler, ZAkdR. 1936, 2, 92.*
[5]) *Staud.-Boehmer S. 164 (3).*

geregelten [1]) — Testierfreiheit) das Problem der Gesamtrechtsnachfolge im Vordergrunde steht. Von wesentlicher Bedeutung ist dabei die Entscheidung über die Frage, ob im Zuge der grundsätzlichen Gestaltung der Erbfolge an Stelle der römisch-rechtlichen Universalsukzession wieder nach deutsch-rechtlichem Vorbilde eine Aufteilung des Nachlasses in sachlich begrenzte Vermögensmassen oder Einzelgüter mit selbständiger Vererbung oder doch mit getrennter rechtlicher Behandlung treten soll.

Dies würde für die gesetzliche Erbfolge unter Umständen die Wiederbelebung deutsch-rechtlicher Spezialsukzessionen zur Folge haben können. Auf dem Gebiete der gewillkürten Erbfolge würde eine solche Aufteilung des Nachlasses die Prüfung der Zulässigkeit dinglich wirkender Vermögensverteilungen von Todes wegen notwendig machen [2]).

Eine der meist umstrittenen Fragen dieses letzteren Problems liegt auf dem Gebiete des Vermächtnisrechtes.

Während § 2174 BGB. auf dem Gebiete der Vermächtnisse nur eine obligatorisch wirkende Vermögensverteilung derart zuläßt, daß stets zunächst der Erbe Eigentümer der vermachten Gegenstände wird und nur schuldrechtlich verpflichtet ist, diese durch einzelne, der Form nach verschiedene Übertragungsakte unter Lebenden den Vermächtnisnehmern zu übereignen, würde die Zulassung dinglich wirkender Vermögensverteilungen von Todes wegen auch die Wirksamkeit dinglicher Vermächtnisse ermöglichen und damit in Widerspruch zu der — heute zwingenden — Vorschrift des § 2174 BGB. treten.

Es ist das Ziel der vorliegenden Arbeit, die geschichtliche Entstehung insbesondere des dinglichen und schuldrechtlichen Vermächtnisses darzustellen und das Verhältnis dieser verschiedenen Vermächtnisarten zueinander zu untersuchen.

Allerdings wird bei den weiteren Erörterungen festzustellen sein, daß eine eigene Entwicklung des Vermächtnisses im heutigen Sinne, also als Zuwendung eines Vermögensvorteiles an einen nicht als Erben Eingesetzten (§ 1939 BGB.), im deutschen Rechte bis zur Rezeption nur in geringem Maße zu erkennen ist. Die Gründe hierfür liegen zum Teile in dem gegenüber dem römischen Rechte – weit stärkeren und längeren Festhalten des deutschen Rechtes an der gesetzlichen Erbfolge. Sie sind aber in der Hauptsache in dem Umstande zu finden,

---

[1]) *Vgl. das Gesetz über erbrechtl. Beschränkungen wegen gemeinschaftswidrigen Verhaltens vom 5. 11. 1937 (RGBl. I. 1161) und besonders § 48 des Gesetzes über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. 7. 1938 (RGBl. I. 973).*

[2]) *Staud.-Boehmer S. 282 (233).*

daß das deutsche Recht vor der Rezeption schon infolge des Grundsatzes der Spezialsukzessionen eine Aufteilung des Nachlasses in verschiedene Gütermassen und deren Zuwendung an verschiedene Erben ermöglichte. Für die Anordnung von Singularsukzessionen in der Form des Vermächtnisses bestand daher ein weit geringeres Bedürfnis als im römischen Rechte, das durch den Grundsatz der Universalsukzession eine verschiedene rechtliche Behandlung einzelner Gütermassen unmöglich machte und deshalb gezwungen war, dem Erblasser wenigstens im Enderfolge eine Aufteilung des Nachlasses in der Form der Legate zu ermöglichen.

Eben aus dem Grunde, weil die deutsch-rechtlichen Spezialsukzessionen in vielen Fällen im Enderfolge die Wirkung von Vermächtnisanordnungen zeigten, konnte die folgende Schilderung der geschichtlichen Entwicklung des Vermächtnisses im deutschen Rechte nicht an eine Darstellung der Vermächtnisse im heutigen Sinne beschränkt bleiben, sondern mußte sich auch auf eine Untersuchung derjenigen deutschen Rechtseinrichtungen erstrecken, die in ihrer Wirkung den Vermächtnissen gleich oder ähnlich waren.

Der Mangel einer eigenen Entwicklung der Vermächtnisformen im deutschen Rechte führte ferner auch zu der Folge, daß die Besonderheiten des Vermächtnisses, insbesondere das Verhältnis zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Vermächtnisse, nur dann eine eingehendere Darstellung erfahren konnten, wenn sie an Hand der Geschichte und der Satzungen des römischen Erbrechts nachgeprüft wurden; denn nur das römische Recht hat im Verlaufe einer jahrhundertelangen Entwicklung den Unterschied zwischen den einzelnen Vermächtnisarten bis ins Einzelne geregelt und ist deshalb in dieser Beziehung zur Grundlage der meisten modernen Rechte geworden.

II. Die geschichtliche Entwicklung der Vermächtnisarten und der letztwilligen Verfügungen mit vermächtnisähnlichem Charakter

§ 1. Das Erbrecht in der ältesten germanischen Zeit

Die Hausgemeinschaft der ältesten germanischen Zeit war nicht nur ein Schutz- und Trutzverband, sondern auch eine Gemeinschaft der Habe [1]), eine Vermögensgemeinschaft zwischen dem Hausvater und seinen im Haushalte vereinigten Blutsverwandten. Der Hausvater war der treuhänderische Verwalter des gemeinschaftsgebundenen Hausvermögens. Die Gebundenheit des Hausvermögens fand bereits zu Lebzeiten des Hausvaters ihren Ausdruck in dem Warterechte der nächsten Erben [2]), das jede Verfügung des Hausvaters über das Hausvermögen ohne die Einwilligung der nächsten Erben hinderte.

Neben diesem gemeinschaftsgebundenen Hausvermögen war bei den Germanen seit ihrem Eintritte in die Geschichte ein Sondervermögen bekannt. Es beschränkte sich auf Fahrnis und auf die persönlichen Bedarfsgegenstände (Waffen, Kleider usw.). Über diese konnte der Eigentümer zu seinen Lebzeiten frei verfügen. Eine Verfügung war aber auch über diese Sachen dann unwirksam, wenn der Eigentümer sie erst auf dem Siechbette traf [3]).

Der Tod des Hausvaters änderte an den Rechtsverhältnissen grundsätzlich insoweit nichts, als Rechtsträger des Hausvermögens nicht der Hausvater als Individuum, sondern die Gemeinschaft der Haus-

---

[1]) *v. Amira S. 173.*

[2]) *Älterer Art; im Gegensatze zu dem erst später entstandenen Warterechte jüngerer Art oder Beispruchsrecht. Vgl. dazu Brunner, Grundzüge S. 240, v. Schwerin, Grundz. S. 127.*

[3]) *Vgl. dazu Boehmer, Erbfolge S. 12.*

genossen war [1]). Die Hinterbliebenen wurden durch den Tod des Hausvaters nur von einer Beschränkung ihrer Befugnisse befreit insofern, als sie jetzt über das Vermögen, das ihnen gesamthänderisch schon zu Lebzeiten des Hausvaters gehört hatte, auch die ihnen bis jetzt fehlende Verwalterschaft erlangten [2]). Notwendige weitere Folge des gesamthänderischen Charakters des Hausvermögens und der Rolle des Hausvaters als treuhänderischen Verwalters dieses Vermögens war für den Fall des Todes des Hausvaters, daß dieser den Kreis der Nachfolger in das Hausvermögen nicht willkürlich ändern konnte.

Aber auch sein Hausvermögen [3]) konnte der Erblasser nicht durch eine letztwillige Verfügung seinen gesetzlichen Erben, d. h. seinen Hausgenossen entziehen. Dies hätte in erster Linie dem wichtigen Grundsatze des altgermanischen Rechtes widersprochen, daß der Erblasser keine über seinen Tod hinaus gültige, den Erben in irgendeiner Weise bindende Verfügung vermögensrechtlicher Natur treffen konnte [4]). Es erschien aber auch als eine ungebührliche Schlechterstellung der nächsten Erben, wenn eine Sache, die der Erblasser lebenslang in seiner Gewere gehabt hatte, nicht auch auf seine Erben übergehen sollte [5]). Behielt der Erblasser eine solche Sache bis zu seinem Tode bzw. Siechbette, und ordnete er an, daß sie ein Fremder nach seinem Tode bekommen sollte, so entzog er nach damaliger Ansicht diese Sache nicht sich, sondern seinen gesetzlichen Erben, und gab etwas fort, was ihm eigentlich nicht mehr gehörte [6]).

Sowohl hinsichtlich des Hausvermögens als auch des Sondervermögens des Erblassers war also das „Erbrecht" dieser Zeit immer ein auf die nächsten Erben beschränktes, demnach ein blutsverwandtschaftliches und aus diesem Grunde auch der Willkür des Erblassers entzogenes. Der Wille des Einzelnen galt nichts gegenüber der Gemeinschaft, aus der er stammte, und die ihn geborgen hatte: Die Erbfolgeordnung nach Geblütsrecht war unumstößlich, der heres

[1]) *Schreuer S. 437; Boehmer, Erbf. S. 5, 13; Schultze, Augustin S. 7—19.*

[2]) *v. Amira S. 173; Schultze, Augustin S. 20.*

[3]) *Nur dieses kann nach dem Tode des Erblassers als „Erbschaft" oder „Nachlaß" im heutigen Sinne bezeichnet werden. Vgl. dazu auch v. Schwerin, Grundzüge S. 294.*

[4]) *Siegel S. 109; Stobbe S. 2.*

[5]) *Stobbe S. 184.*

[6]) *So auch noch Glosse zum Ssp. I. 52; vgl. ferner Albrecht S. 202; Stobbe S. 171; Sächs. Lehnrecht 58 §2, zit. bei Stobbe S. 185.*

institutus des römischen Rechtes unbekannt [1]: solus deus heredem facere potest non homo.

Für diese älteste Zeit ist also die Feststellung des Tacitus [2]: „heredes .... successoresque sui quique liberi et nullum testamentum" richtig. Dem deutschen Rechte der ältesten Zeit waren letztwillige Verfügungen gleich welcher Art unbekannt [3].

§ 2. Vermächtnisse und vermächtnisähnliche letztwillige Verfügungen im deutschen Rechte bis zur Rezeption

A. Der Erbvertrag

1. Vom totenteil zur donatio pro anima

Der Rechtsgedanke der gesamthänderischen Beteiligung aller Hausgenossen am Hausvermögen führte in Verbindung mit dem im altgermanischen Rechte in einzelnen Beziehungen anerkannten Grundsatze des rechtlichen Fortlebens einer Person nach ihrem Tode auf dem Gebiete des Erbrechtes dazu, daß beim Tode des Hausvaters dieser weiterhin als Mitglied der Hausgemeinschaft betrachtet wurde. Als solchem fiel auch ihm sein Anteil des bei seinem Tode vorhandenen Hausvermögens noch nach seinem Tode zu [4]. Dieser Anteil bestand zumeist in denselben Gegenständen, die dem Erblasser auch bereits zu seinen Lebzeiten als Sondervermögen zugestanden hatten [5]. Sie wurden unter dem Einflusse des Gedankens der Fürsorge für den Toten, der für sein Fortleben im Jenseits ausgestattet werden mußte, dem Verstorbenen als sog. totenteil mit ins Grab gegeben oder mit ihm verbrannt [6] [7].

---

[1]) *v. Sydow S. 303; vgl. dazu Stobbe S. 21, 63.*

[2]) *Germ. XX.*

[3]) *Schröder S. 78; Brunner-v. Schwerin S. 233; Stobbe S. 170 f.*

[4]) *Schröder S. 77; Bruck, Totenteil S. IX: „Im Totenteil ist die Fortsetzung des Individualeigentums des Verstorbenen über den Tod hinaus zu erblicken." Schultze, Aug. S. 2.*

[5]) *Über die Entstehung dieses Individualeigentums (durch Raub?) vgl. Bruck, Totenteil S. 90, Anm. 2, S. 110/1; Wieacker, Wandl. S. 15.*

[6]) *Vgl. dazu Brunner, Totenteil S. 107; Rechtsgeschichte S. 39, 108 ff.; Grundz. S. 234; Hübner S. 656; Gál S. 225.*

[7]) *Tac. Germ. 27: sua cuique arma, quorundam igni et equus adjicitur.*

Unter dem Einflusse der Kirche [1]) erlangte nun diese, auch nach dem Tode des Erblassers noch erfolgende Anerkennung seines Vermögensanteiles eine weitere Ausdehnung. Jetzt übernahm nämlich die Kirche die Sorge für die Toten. Als Entgelt für diese Sorgewaltung verlangte sie jedoch, daß der bisherige totenteil nunmehr ihr zugewandt würde. Zum Heile seiner Seele sollte der Erblasser im Wege der donatio pro anima oder der donatio in remedium animae den bisherigen totenteil als Seelgerät oder Seelteil der Kirche zukommen lassen. Die Kirche hatte bald diese Seelgeräte als wertvolle Einnahmequelle erkannt und versuchte, da sie zu dieser Zeit finanziell noch völlig auf die Wohltätigkeit ihrer Gläubigen angewiesen war, die Ausbildung der Seelgeräte mit allen Mitteln zu fördern [2]). Unter geschickter Ausnutzung des altgermanischen Gedankens der Fürsorge für die Toten erklärte sie zunächst den Seelteil als notwendiges Erfordernis für das Seelenheil nach dem Tode. Im Zuge der Weiterentwicklung begnügte sie sich aber auch nicht mehr mit dem kleinen Seelgerät, das einst als Totenausstattung gedient hatte; jetzt sollten auch andere Fahrnis, Geld und schließlich auch Liegenschaften der Kirche zugute kommen [3]). Dieses Ziel erreichte die Kirche jedoch nur teilweise: Die Gebundenheit des Hausvermögens wurde zwar unter

[1]) *Streitig. Bruck (Entwicklungsgesch. S. 279, 323, 330) und Schultze (Augustin S. 68 93 (80)) verneinen, daß das Seelgerät und Freiteilsrecht aus dem totenteil entstanden sind, im Wesentlichen mit folgender Begründung: Ebenso wie das antike Heidentum habe auch die christliche Kirche einen Totenkult nach der Bestattung und Stiftungen zu dessen Sicherung Seelgeräte gekannt. Sie habe die altgermanische Sitte der Totenbeigaben schon in fränkischer Zeit bekämpft und diese in „Seelenspeise als geistliche Speise für den Toten, in Seelgerätstiftungen" umgewandelt. So sei es gekommen, daß im germanischen Rechte der materialistische Totenteil und das vergeistigte Seelgerät nebeneinander gestanden hätten. Aber auch Bruck (S. 330) gibt zu, daß „das Seelgerät an den Totenkult angelehnt" wurde. Der Unterschied der Auffassungen ist demnach im Rahmen dieser Arbeit nicht erheblich. So wie hier außer den S. 6 Anm. 6: Zitierten auch: v. Amira S. 177; Gierke in Holtz.-Kohl. I. S. 297; Planitz S. 149.*

[2]) *v. Schwerin, Grundz. S. 321.*

[3]) *„die clerisey je mehr und mehr hunger nach der layen güter bekam" — Ostfries. Landrecht unter Friedrich II. Schultze, Augustin S. 30.*

ihrem Einflusse durchbrochen [1]), der totenteil wurde zum Freiteile [2]), zu einem Teile des Vermögens, über den der Hausvater — zunächst allerdings nur zugunsten der Kirche — frei verfügen konnte, und in dessen Höhe der Erbe die Verfügung des Erblassers anerkennen mußte [3]). Bei ihren Bestrebungen auf Anerkennung des Freiteilsrechtes fand die Kirche [4]) wesentliche Hilfe durch das Vorbild des römischen Rechts, das in dem damaligen Stande der Entwicklung bereits die volle Testierfreiheit kannte. Mit Recht weist Schultze auf den Umstand hin, daß die zu Christen gewordenen Germanen nicht hinter ihren römischen Glaubensgenossen hinsichtlich der Verfügungsfreiheit über ihr Vermögen zurückstehen wollten, und es nicht fehlen konnte, daß die Kirche mit ihren an römische Einrichtungen gewohnten Geistlichen diese Gedankengänge unterstützte [5]).

Die donatio pro anima hatte aber dennoch nicht den Charakter einer Verfügung von Todes wegen; sie war vielmehr ein zweiseitiges Rechtsgeschäft unter Lebenden [6]). Ihrem Zwecke nach gehörte sie zwar dem Erbrechte an, hinsichtlich ihrer rechtlichen Form bewegte sie sich jedoch völlig auf dem Gebiete des Sachenrechts. Die donationes pro anima wurden zu dieser Zeit noch ausschließlich zu Lebzeiten des Stifters erfüllt und übertrugen bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen (traditio bzw. Auflassung) sofort Eigentum, hatten also dingliche Wirkung.

Mit der Zeit entstand jedoch für den Stifter das Bedürfnis, Schenkungen für das Seelenheil machen zu können, ohne schon zu Lebzeiten die Vermögensverminderung zu spüren, und sein Eigentum bis zu seinem Tode zumindest wirtschaftlich selbst nutzen zu können [7]). Man suchte daher nach Mitteln und Wegen, die Vorteile der donatio pro anima zu erreichen, ohne ihre Nachteile in Kauf nehmen zu müssen. Die Möglichkeit dazu gab eine Rechtseinrichtung, die sich inzwischen aus anderen Grundlagen heraus entwickelt hatte, das Erbschaftsgedinge.

---

[1]) *So ausdrücklich in der L. Saxonum (Eckhardt III. 61. Nr. 62); vgl. auch v. Schwerin S. 126.*

[2]) *Über diese Entwicklung genauer Rietschel ZRG. 45. 297; Bruck, Totenteil S. 110/1; Schultze, Aug. S. 20–29, 2, 3. Heusler, Gewere S. 45, Text und Anm. 1.*

[3]) *Gierke-Aders 4, 1.*

[4]) *Schultze, Aug. S. 33.*

[5]) *Schultze verweist dort auf Ferrari, richerche sul diritto ereditario S. 29 ff. Das Werk war mir nicht zugänglich.*

[6]) *Gierke in Holtz. — Kohlh. Arch. I. S. 195.*

[7]) *Schultze, Aug. S. 50.*

2. Das Erbschaftsgedinge

Das Unvermögen des Erblassers, sein Vermögen nach seinem Tode anderen als den gesetzlichen Erben zuzuwenden, war, wie bereits ausgeführt wurde, eine Folge der blutmäßigen Gebundenheit des deutschen Erbrechtes der älteren Zeit. Soweit beim Tode des Erblassers keine erbfolgeberechtigten Verwandten vorhanden waren, fiel das hinterlassene Vermögen an die Gesamtheit oder an den König als deren Stellvertreter. Erklärlicherweise konnte diese Bindung gegenüber der höheren Gemeinschaft nicht immer als ebenso stark empfunden werden wie die gegenüber der näheren Familie. Bereits in früher Zeit bestand deshalb die Möglichkeit, sich beim Fehlen gesetzlicher Erben durch Begründung künstlicher Verwandtschaft einen Erben zu setzen. Diese „in heredem adoptio" findet sich in verschiedenen alten Rechten [1]). So hatte nach ripuarischem Rechte [2]) derjenige, der keine Kinder hatte, die Möglichkeit, seine gesamte Habe einem anderen als Erben zu vermachen. Die Erbeinsetzung erfolgte entweder durch urkundlichen Akt oder durch Übergabe unter Zeugen — adoptare in hereditatem vel adfatimi per scripturam —. Im langobardischen Rechte war die in heredem adoptio in einer bereits weiter entwickelten Form und mit einer Abschwächung zur bloßen Vermögensübertragung als gairethinx oder thingatio bekannt [3]). Nach den Gesetzen des Königs Rothari konnte derjenige, der glaubte keine Söhne als Nachkommen zu erhalten [4]), unter Anwendung bestimmter Formen sein Vermögen mit der Wirkung vergeben — „res suas alii thingaverit" —, daß das Eigentum sofort auf den Bedachten überging, der Vergabende selbst es jedoch zur lebenslangen Nutzung behielt [5]). Bei der Geburt von Söhnen des Vergabenden wurde das Geschäft hinfällig. Die Form war bei der adoptio und thinx eine ähnliche, nämlich die der germanischen Wehrhaftmachung. Unter Ausspruch alter Formeln übergab der Erblasser dem Gedingserben durch die Hand eines Dritten, des Speerbürgen oder Gisel, vor der Volksversammlung oder dem Gericht den Speer [6]).

---

[1]) *Zum römischen Rechte siehe S. 20 ff. der Arbeit. Zum griechischen Rechte vgl. Bruck, Testament-Vollstr. S. 546/7; Schulin S. 17.*

[2]) *L. Rib. 48: „de hominibus qui sine heredibus moruntur".*

[3]) *Hübner S. 287. Val de Lievre (ZRG. 17 (4), 26) steht sogar auf dem Standpunkte, daß die donatio per gairethinx keine irgendwie personenrechtliche Wirkung mehr hervorbrachte.*

[4]) *„qui desperavit propter senectutem aut aliquam corporis infirmitatem, quod filios non possit habere". L. Lang. Roth. c. 171.*

[5]) *Kayser ZRG. 8. 477; Stobbe S. 173.*

[6]) *Schröder S. 367 f.*

Damit trat der Bedachte in die erbrechtliche Stellung eines Sohnes [1]).

Die folgende Zeit brachte eine immer mehr zunehmende Verflüchtigung der Form und des ihr zugrunde liegenden Rechtsgedankens. Das ganze Geschäft nahm einen rein sachenrechtlichen Charakter an. Eindeutig geht dies aus der Lex Sal. emendata hervor, die in cap. 48 bestimmte, daß derjenige, der einem anderen etwas aus seinem Vermögen zuwenden wollte, dies vor Gericht an eine Mittelsperson – Speerbürgen – übertragen konnte. Dieser Speerbürge hatte dann innerhalb eines Jahres die endgültige Übertragung an den Bedachten vorzunehmen. Dadurch wurde die affatomie zur traditio; Auflassung und traditio cartae wurden, wie bei der sonstigen Eigentumsübertragung, die vorherrschende Form [2]).

Das alte Erbschaftsgedinge hatte somit einen ähnlichen Stand der Entwicklung erreicht, wie dieser im vorigen Abschnitte für die donatio pro anima dargelegt wurde. Rein äußerlich bestand zwar zwischen den beiden Einrichtungen noch ein Unterschied insofern, als die donationes pro anima auf einzelne Vermögensstücke, höchstens in späterer Zeit auf eine Quote des Vermögens des Schenkers beschränkt waren, während durch das Erbschaftsgedinge das ganze Vermögen übertragen wurde [3]). In ihrem Zwecke stimmten beide Rechtseinrichtungen aber weitgehend überein. Beide hatten eine freiere Stellung des Erblassers bei der Verfügung über sein Vermögen bezweckt und dieses Ziel auch erreicht. Auf der einen Seite hatte die donatio pro anima dem Erblasser ein durch das Warterecht der nächsten Erben nicht beschränktes Verfügungsrecht über den Freiteil gegeben, auf der anderen Seite hatte das Erbschaftsgedinge den Erblasser in die Lage gesetzt, unter Ausschaltung der gesetzlichen Erben jedem Dritten — und nicht nur der Kirche — Vermögen zuzuwenden.

So blieb es nicht aus, daß man auch hier versuchte, wechselseitig die Vorteile der einen Rechtseinrichtung auf die andere zu erstrecken. Es können daher zu dieser Zeit sowohl Erbschaftsgedinge, die ohne Zustimmung der Erben erfolgen, als auch den donationibus pro anima

[1]) *Stobbe S. 173.*

[2]) *Heusler S. 626. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die Lex Sal. em. überhaupt noch ein Beispruchsrecht der nächsten Erben kannte (Verneinend Mayer-Homberg S. 345). Jedenfalls war aber auch dieses Gedinge keine letztwillige Verfügung im heutigen Sinne, da es schon zu Lebzeiten des Vergabenden ausgeführt wurde.*

[3]) *Schröder S. 368.*

ähnliche Schenkungen an Dritte außerhalb der Kirche festgestellt werden [1]).

Beide Rechtseinrichtungen verschmolzen im Laufe der Zeit zu einem einheitlichen Rechtsbegriffe, der Vergabung von Todes wegen. Sie erst gab dem Erblasser die Möglichkeit, unbeschränkt letztwillig zu verfügen [2]).

3. Die Vergabung von Todes wegen in der früheren Zeit

Es wurde schon festgestellt, daß beide Grundlagen der Vergabung von Todes wegen, sowohl die donatio pro anima als auch das Erbschaftsgedinge rein sachenrechtliche Geschäfte waren, die für den Bedachten schon bei Lebzeiten des Schenkers oder Stifters, wenn nicht unmittelbares Eigentum, so doch zumindest ein dinglich wirkendes Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums begründeten. Dieses Merkmal behielten auch die Vergabungen von Todes wegen zunächst bei. Es entwickelten sich aber jetzt zwei Arten der sachenrechtlichen Vergabung, die in ihren Grundzügen bereits bei der thinx zu finden waren, und die beide den gleichen wirtschaftlichen Zweck verfolgten, den Bedachten zu Lebzeiten des Vergabenden nicht in den vollen wirtschaftlichen Genuß der vergabten Sache gelangen zu lassen: die donatio post obitum und die donatio reservato usufructu. Beide wurden meist in der Form der traditio cartae getätigt. Die Schenkung reservato usufructu übertrug unmittelbar das Eigentum an der vergabten Sache auf den Bedachten; der bisherige Eigentümer behielt sich lediglich bis zu seinem Lebensende einen Nießbrauch an der Sache vor. Nicht selten zahlte der Nießbraucher zur Anerkennung des nunmehr auf den Bedachten übergegangenen Eigentums an diesen einen Zins. Diese Vergabung war ein bedingungsfreies Rechtsgeschäft, das sogleich mit der Vollziehung vollwirksam wurde. Es glich also weitgehend der ein-

[1]) *Vgl. dazu das Aachener Kapitular von 818/19 cap. 6 (Capit. I. 282). (Überschrift: Ut omnis homo liber potestatem habeat, ubicumque voluerit, res suas dare pro salute animae suae .... Ferner: Si quis res suas pro salute animae suae vel .... proprinquo suo vel cuilibet alteri tradere voluerit.) Damit ist gesagt, daß damals auch Vergabungen an Verwandte und an irgendeinen anderen unter dem Gesamtbegriff der donatio pro anima mitverstanden wurde. Schultze, Aug. S. 58/9.*

[2]) *Heusler S. 625; Schröder S. 314.*

fachen Vergabung mit sofortiger Eigentumsübertragung auf den Bedachten und bedeutete daher gegenüber dem Früheren nichts grundlegend Neues. Wichtiger wurde für die weitere Entwicklung die donatio post obitum. Sie stellte ein bedingtes Rechtsgeschäft dar, das erst mit dem Tode des Schenkers vollwirksam wurde. Der Bedachte erhielt jedoch bereits zu Lebzeiten des Schenkers ein dingliches Anwartschaftsrecht [1]), das den Vergabenden an jeder anderweitigen Verfügung über die vergabte Sache hinderte. Diese Art der Vergabung näherte sich also im Erfolge einer letztwilligen Verfügung; ihrem Wesen nach war aber auch sie ein sachenrechtliches Geschäft.

Für die Zeit, die auf die Epoche der Volksrechte folgte, fehlt es an ausreichendem Quellenmaterial, um die angezeigte Entwicklung im Einzelnen verfolgen zu können. Das geschriebene Recht dieses Zeitraumes kam im Laufe der jetzt folgenden Jahrhunderte außer Gebrauch, das Recht war wieder vorzugsweise ein ungeschriebenes, ein Gewohnheitsrecht. Aber auch in diesem Gewohnheitsrechte muß die Vergabung von Todes wegen ihre Stellung behauptet haben. Im Mittelalter sind zwar thinx und affatomie verschwunden; die Vergabung von Todes wegen erscheint jedoch, zum Teile in weiter entwickelter Form, sowohl im Sachsenspiegel als auch in den meisten anderen Gesetzeswerken des Mittelalters.

4. Die Vergabung von Todes wegen im Mittelalter

Fast ohne jede Veränderung sind die alten Voraussetzungen der Vergabung von Todes wegen im Sachsenspiegel erhalten. Er und die mit ihm im Wesentlichen übereinstimmenden Rechtsbücher [2]) hielten nicht nur an dem alten Grundsatze fest, nach dem die gesetzliche Erbfolge die Regel, und die Erbenbestimmung durch den Erblasser grundsätzlich die Ausnahme bildete [3]); sie übernahmen vielmehr aus dem alten Rechte auch die Bedingung, daß schon zu Lebzeiten des Vergabenden dem Bedachten, wenn nicht überhaupt Eigentum, so doch zumindest ein Anwartschaftsrecht auf das Eigentum eingeräumt werden müßte. In beiden Fällen mußte die Vergabung vor Gericht „gestätigt"

---

[1]) *Schreuer S. 457; Siegel S. 98, 99.*

[2]) *Kl. Kaiserrecht, Verm. Sachsenspiegel I. 32, 3.*

[3]) *Die Sachsen wurden sogar wegen ihres zähen Festhaltens an der gesetzlichen Erbfolge verspottet: Glosse zu II. 30 bei Sydow S. 303 Anm. 935 und im Original bei Homeyer S. 259.*

werden [1]). Dieser gerichtliche Akt konnte aber, da eine bloße Bestätigung eines Vertrages durch den Richter dem deutschen Rechte unbekannt war, nur in der Auflassung bestehen [2]). Aus diesem Umstande ergeben sich zwei Folgerungen:

1. Da es eine Auflassung von Mobilien nicht gab, konnte sich die Vergabung von Todes wegen im Sachsenspiegel nur auf Liegenschaften erstrecken [3]).
2. Der dingliche Charakter der Vergabung von Todes wegen war auch jetzt noch erhalten geblieben [4]).

Letztwillige Verfügungen im heutigen Sinne waren demnach auch dem Sachsenspiegel noch unbekannt [5]). Seine Vergabungen entbehrten noch jeder erbrechtlichen Wirkung und machten den Bedachten nicht zum Erben.

Jedoch entwickelten sich in der Folgezeit, zum Teil im Anschlusse an die alte Vergabung von Todes wegen, zum Teil unter dem Einfluß einer jetzt immer mehr vordringenden zweiten Art der Geschäfte von Todes wegen, der Testamente — zunächst in Süddeutschland —, erbrechtliche Geschäfte: die Erbverträge (Geschäfte, Gemächte, oft auch — fälschlich — Testamente genannt). Als Repräsentant zahlreicher anderer, meist süddeutscher Rechtsquellen [6]) sei hier die Vergabung des Schwabenspiegels cap. 22 angeführt [7]):

„§ 1: ist das ein mann sinem friunde gut will schaffen nach sinem tode. will er ein das sicher machen, er so im srift dar uber geben. mit ende haftn eigen. oder er sol fur einen richter varn oder fur sinen herren. und sol sine geziuge ziehen. und ander die da bi sint gewesen. und wil aber er ims gar stete machen, so setze er in einen zins dar us. da mit hat er die gwer. und mac das gut mit rehte nit verliesen ..... Die gabe heizet stete, diu vor dem rihter geschiht. Diu heizet och stete diu mit der srift geschiht. Diu ist aller stetes, diu mit der wer geschiht."

---

[1]) *Ssp. II. 30: „Sue so ime erve to seget nicht von sibbe heven, denne von gelovede halben, dat hebbe man vor unrecht, man ne moge getügen, dat det gelovede vor gerichte gestediget si." So auch Kl. Kaiserrecht II. 37 = Homeyer S. 259.*

[2]) *Siegel S. 100; Albrecht S. 189.*

[3]) *Vgl. Stobbe S. 179; Albrecht S. 201.*

[4]) *Vgl. v. Schwerin S. 318.*

[5]) *v. Sydow S. 179; Böhlau ZRG. 9. 31; vgl. auch Gosl. Stadt. 9. 8—10 bei Göschen S. 182.*

[6]) *Z. B. Deutschenspiegel 25; Bai. Landrecht 116.*

[7]) *Zitiert nach Eckhardt-Laßberg S. 14.*

Der Schwabenspiegel bot demnach mehrere Arten der Vergabung[1]):

1. Der Vergabende konnte dem Bedachten das Gut auflassen, den Besitz übertragen und sich diesen vom Bedachten gegen eine Zinszahlung wieder zurückübertragen lassen.
2. Er konnte ihm das Gut gerichtlich auflassen.
3. Er konnte dem Bedachten eine versiegelte Urkunde übergeben.

Die beiden ersten Arten bedeuteten keine Veränderung gegenüber der Vergabung des Sachsenspiegels. Beide waren sachenrechtliche Geschäfte, die zu Lebzeiten des Vergabenden dem Bedachten entweder sofortiges Eigentum oder aufschiebend bedingtes Eigentum übertrugen. Neu entstanden war aber die Vergabung durch eine vom Vergabenden ausgestellte und versiegelte und vom Bedachten angenommene schriftliche Willenserklärung. Schon durch diese Erklärung wurde dem Bedachten ein unwiderrufliches Recht auf die vergabte Sache übertragen: Sowohl die Vergabung durch Auflassung als auch die durch Urkunde „heizet stete", d. h. das durch sie übertragene Recht ist unwiderruflich[2]).

Die grundsätzliche Gleichstellung der Urkundenübergabe mit der Auflassung hatte eine wichtige Folge: Wenn durch die alte, an die Auflassung gebundene Vergabung eine Verfügung über Fahrnis schon aus dem Grunde unmöglich war, weil es eine Auflassung von Fahrnis nicht gab, so konnte dieser Umstand die Wirksamkeit der neuen Erbverträge auch über Mobilien nicht hindern. Der Erbvertrag forderte ja nicht mehr unbedingt die Auflassung, sondern ermöglichte ihren Ersatz durch Aushändigung einer Urkunde. So konnten jetzt also Vergabungen sowohl über Immobilien als auch über Mobilien getätigt werden.

Nach dem Tode des Erblassers war die Wirkung des Erbvertrages bei Mobilien und Immobilien die gleiche: Das „stete" Recht des Bedachten war weder ein dingliches Recht, noch ein reines Forderungsrecht gegen die Erben des Vergabenden[3]). Dagegen spricht insbesondere der Umstand, daß der Bedachte jetzt – ähnlich wie der gesetzliche Erbe — nur insoweit die Auslieferung der vergabten Sache aus dem Nachlasse verlangen konnte, als der Nachlaß nach Abzug aller Schulden dazu hinreichte. Der Bedachte stand also mit seinem

[1]) *Vgl. zum Folgenden auch Stobbe S. 179 ff.*

[2]) *Vgl. Albrecht S. 204; Hübner S. 789.*

[3]) *So z. B. Beseler, der ein obligatorisches Verhältnis annimmt, das schon zu Lebzeiten des Vergabenden zwischen ihm und dem Bedachten bestanden habe. Unentschieden Siegel S. 111, Stobbe S. 180 Anm. 4.*

Anspruche allen Nachlaßgläubigern nach [1]). Damit war sein Anspruch zu einem rechten Anspruch von Todes wegen geworden.

Damit der Bedachte einen solchen Anspruch wirksam geltend machen konnte, war Voraussetzung, daß der Erbe schon durch den Vertrag des Erblassers zur Auslieferung der vergabten Sache aus dem Nachlasse verpflichtet worden war [2]). Eine solche Verpflichtung wieder konnte aber nur dann wirksam möglich sein, wenn das Recht des gesetzlichen Erben vorher den Charakter eines dinglichen Rechtes an den Nachlaßgegenständen verloren hatte [3]). Es mußte von einem rein dinglichen zu einem modernen Erbrechte, einem Erbanfallrechte geworden sein [4]). Diesem Rechte des gesetzlichen Erben entsprach auch der Anspruch des durch den Erbvertrag Bedachten: Auch sein Recht war weder ein dingliches, noch ein obligatorisches, sondern ein reines Erbrecht in der Form und in dem Umfange, wie es auch den gesetzlichen Erben zustand.

Die Erbverträge waren aber immer noch zweiseitige Verträge; diesem vertraglichen Charakter entsprechend stand dem Erblasser ein Widerrufsrecht regelmäßig nicht zu. Diese Bindung des Erblassers fiel erst dann allgemein im deutschen Erbrechte, als sich neben den zweiseitigen auch die einseitigen Geschäfte von Todes wegen, die Testamente, weiter durchgesetzt hatten. Sie konnten schon ihrer Natur als einseitiger Verfügung nach leichter vom Zwange der Unwiderruflichkeit befreit werden.

B. Die deutsch-rechtlichen Testamente

Letztwillige Verfügungen in der Form von Testamenten finden sich bereits früh bei denjenigen germanischen Völkern, die mit den Römern in eine nähere Berührung gekommen waren [5]). So stellte die Lex Gundobada in 60 . 2 [6]) für letztwillige Verfügungen zwei Möglichkeiten zur Wahl, entweder „die nach römischer Sitte oder der unter Volksgenossen" („aut Romanam consuetudinem aut barbaricam"). Nach 43 . 1 [7]) war für die Form des Testamentes die Unterzeichnung durch

---

[1]) *Böhme in Kraut S. 329 (Böhm. Schöffenurteile); Altes Culmer Recht 4. 34; Staud.-Boehmer S. 82; Stobbe S. 188; Schröder S. 826.*

[2]) *Stobbe S. 188 Anm. 138.*

[3]) *Siegel S. 104.*

[4]) *Schreuer S. 459.*

[5]) *Stobbe S. 178; Siegel S. 137.*

[6]) *Beyerle Ges. der Burg. 90/91; vgl. Stobbe S. 174 Anm. 15.*

[7]) *Beyerle a. a. O. S. 64/5.*

fünf oder sieben Zeugen vorgeschrieben. Bei den Westgoten stellten das Gesetzbuch des Eurich [1]) und die Lex Visigothorum in VI. 2. 20 und VI. 2. 6 [2]) ausdrücklich ein Widerrufsrecht des Erblassers fest. Nach der Lex Baiuvariorum [3]) konnte der kinderlose Ehemann in uxorem aut donationem aut testamentum vermachen [4]).

Seit dem Eindringen des Christentums wurde das Testament besonders von der Geistlichkeit ausgebildet. Der Laie benutzte es in der frühesten Zeit zunächst nur vereinzelt zur Bestellung der Seelgeräte, zeigte aber im übrigen eine starke Zurückhaltung, so daß selbst die vorherrschende Form der Seelgeräte die der Vergabung blieben [5]).

Im Mittelalter setzte sich dagegen das Testament weiter durch. Zwar ist heute eine genauere Untersuchung über die Verbreitung der Testamente schwierig. Dem Mittelalter fehlte es nämlich an einer festen Terminologie für letztwillige Verfügungen. Vielfach wurden dieselben Namen, mit denen man die Vergabung von Todes wegen oder die Erbverträge bezeichnete, auch für einseitige Verfügungen verwandt. Es läßt sich deshalb oft nicht mit Bestimmtheit sagen, ob in einer Quelle von einseitigen oder zweiseitigen Geschäften die Rede ist [6]).

Die Testamente dieser Zeit unterscheiden sich jedoch ebenso von den Erbverträgen wie auch von den römischen Testamenten der klassischen Zeit. Das römische Recht verlangte als „caput atque fundamentum totius testamenti“ [7]) eine Erbeseinsetzung. Dieser Forderung entsprach auf der anderen Seite der Satz: „Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest [8]). Das deutsche Testament sah demgegenüber von dem Erfordernis einer Erbeseinsetzung vollständig ab [9]). Es beschränkte sich auf die Verfügung über einzelne Gegenstände des Nachlasses. Im wesentlichen Gegensatze zum Erbvertrage brauchte der Bedachte nicht bei der Verfügung des Erblassers zugegen zu sein, und das Testament war regelmäßig widerruflich. Diese beiden Eigenschaften bedeuteten für den Erblasser eine

---

[1]) *Wohlhaupter, Ges. d. Westgoten S. 19 Nr. 308.*
[2]) *Wohlhaupter, a. a. O. S. 117.*
[3]) *I. 20 in Eckhardt, Ges. d. Karol. Abt. III S. 79.*
[4]) *Vgl. Stobbe S. 178/9.*
[5]) *v. Glanvell S. 196; Heusler S. 646; Siegel Rechtsgesch. S. 443.*
[6]) *Stobbe S. 196 Anm. 2.*
[7]) *Gai. II. 229.*
[8]) *D. 50. 17. 7.*
[9]) *Heusler S. 648; Siegel S. 134; Brunner S. 200; v. Glanvell S. 198; Stobbe S. 196; vgl. auch z. B. Nürnberger Ref. 29. 9.*

wesentliche Erleichterung und Befreiung in seiner Verfügungsbefugnis. Es ist daher erklärlich, daß das Testament zuerst in solchen Orten häufigere Verwendung fand, in denen das wirtschaftliche Leben stärker entwickelt war, und in denen deshalb der Eigentümer besonderen Wert auf die freie Verfügungsbefugnis über sein Eigentum legte. Solche Orte waren insbesondere die Städte. Besonders dort wurde daher auch nach der Möglichkeit gesucht, auch andere letztwillige Verfügungen als solche zu frommen Zwecken durch das Testament treffen zu können. Das Beispiel dazu bot die Geistlichkeit, die unter römischen und kanonischen Rechtseinflüssen das Testament schon lange zu letztwilligen Verfügungen jeglicher Art verwandte. Man bat deshalb bei Kaiser und Landesherren um das Privileg, Testamente nach dem Beispiele der Geistlichkeit errichten zu dürfen [1]). In den süddeutschen Städten, die durch ihre Lage schon früher mit dem römischen Rechte und besonders den römischen letztwilligen Verfügungen bekannt geworden waren, wurden die Testamente sogar im offenen Widerspruche mit dem einheimischen Rechte aufgenommen. So konnte es geschehen, daß bereits im 13. Jahrhundert in vielen Städten [2]), und besonders auch in Süddeutschland, die Testamente als letztwillige, widerrufliche Verfügungen in voller Übung waren, ein Ergebnis, das in anderen Gauen Deutschlands erst nach einigen Jahrhunderten erreicht wurde [3]).

Damit aber war in den Städten schon zu dieser Zeit das alte Prinzip des „donner et retenir ne vaut" verlassen worden. Die testamentarische Verfügung enthielt ja eine Disposition über den Nachlaß, die den Erben verpflichtete, nach dem Tode des Erblassers die vermachte Sache aus dem Nachlasse an den Bedachten auszuliefern. Zur Wirksamkeit einer solchen Verpflichtung war aber Voraussetzung, daß hier bereits jetzt das bisher dingliche Recht des Erben am Nachlasse sich zum Erbanfallrechte gewandelt hatte. Diese Änderung des Erbrechtscharakters war es — wie oben dargelegt wurde —, die jetzt ihre Einwirkung auf die deutsch-rechtliche Vergabung ausübte und es

---

[1]) *Stobbe S. 200/1; Siegel S. 137; Priv. Kaiser Wenzels in Göschen S. 153.*

[2]) *So z. B. Hamb. St. R. von 1270 VI. 2. p. 55 bei v. Sydow S. 304; Brünner Statut von 1243 art. 30; Frankf. Testament von 1297 in Boehmer Cod. dipl. Franc. 315; Stat. v. Hannover 1307.*

[3]) *Heusler S. 647; Stobbe S. 200. So hielt noch die alte Reichsstadt Aachen im 15. Jhdt. am alten Rechte fest. StRBuch v. 1420/40, 15 § 3 bei Loersch S. 101: „Item so wat beweygelich erve is ind erffelich guyt, dat mach eyniche persone in syn dode bedde ewech geven ind myt synre hant ...."*

dort möglich machte, daß aus der sachenrechtlichen Vergabung des Sachsenspiegels der Erbvertrag des Schwabenspiegels und der späteren Rechtsbücher entstand.

Der Gegensatz zwischen dem alten Rechte der gesetzlichen Erben und dem Anspruche des gewillkürten Erben aus dem Testamente wurde aber auch jetzt noch empfunden. Um nun auf der einen Seite im Testamente wenigstens eine ausdrückliche Bestimmung über die Verpflichtung des gesetzlichen Erben zur Herausgabe der vermachten Sache umgehen zu können, auf der anderen Seite aber dennoch zu erreichen, daß die Persönlichkeit des Erblassers über das Grab hinaus wirken konnte und die Durchführung seiner Verfügung nach seinem Tode gesichert war, wurde eine Repräsentation des Erblassers durch gewisse Mittelspersonen, Treuhänder oder Exekutoren, begründet, denen die Regelung des Nachlasses übertragen wurde. An anderen Orten übergab man die Ausführung des letzten Willens in die Hände der Obrigkeit [1]). Auf diesem Wege wurde es einerseits möglich, nach dem Tode des Erblassers dessen Gut an den Bedachten übertragen zu lassen, ohne den gesetzlichen Erben zur Vornahme einer Übertragungshandlung ausdrücklich zu verpflichten. Andererseits erreichte man mit der Einsetzung des Testamentsvollstreckers oder Salmannes auch ein zweites Ziel, nämlich das, die Ausführung des Testamentes vom Willen der gesetzlichen Erben unabhängig zu machen; dies war um so wertvoller, als man bei der Neuheit der Testamente in manchem Falle befürchten mochte, daß die gesetzlichen Erben sich der Anordnung des Erblassers nicht fügen würden [2]).

Die weitere Entwicklung näherte Erbverträge und Testamente in einer Weise einander an, daß die völlige Verschmelzung beider Einrichtungen nur noch eine Frage der Zeit sein konnte. Der Erbvertrag wurde immer häufiger als Testament aufgefaßt und als solches behandelt. Am Schlusse dieser Entwicklung, zu einer Zeit, als das römische Recht noch nicht als beherrschendes in Deutschland eingedrungen war, waren die Testamente als einseitige, jederzeit widerrufliche letztwillige Verfügungen wenigstens in den Städten anerkannt [3]) und allgemein in Gebrauch. Ihre Gemeinsamkeit mit dem römischen

---

[1]) *Siegel S. 46.*

[2]) *Stobbe S. 261. — Der Name der Testamente wechselt (Stobbe S. 196 Anm. 2): Zürich: gemechten oder gemechtz (Zeller S. 281), Cölner StadtR. Art. 9: Vermächtnuss (Kraut S. 329), Münchener Stadtrecht v. 1347: Geschäft.*

[3]) *Vgl. dazu auch die Darstellung bei Staud.-Boehmer S. 80—85.*

Legat bestand darin, daß durch das Testament einzelne Vermögensstücke aus dem Nachlasse ausgesondert und dem Bedachten zugewiesen wurden, ebenso, wie dies früher bei dem Legate der Fall gewesen war. Das vom Grundsatze der Universalsukzession beherrschte römische Recht behandelte dabei aber den Nachlaß als Vermögenseinheit und ließ ihn mit allen seinen Bestandteilen zuerst auf den Erben übergehen. Dementsprechend fiel dem römischen Legatar zwar das Vermächtnis mit dem Tode des Erblassers an, erworben wurde es jedoch erst mit dem Erwerb der Erbschaft durch den Erben. Dem stand im deutschen Rechte der Grundsatz der Spezialsukzessionen gegenüber: Die beim Tode des Erblassers in dessen Hand vereinigten Vermögensmassen fielen auseinander, und in diese, alsdann getrennten verschiedenen Gütermassen fanden besondere Erbfolgen statt. Alle diese Nachfolger in die verschiedenen Gütermassen galten gleichmäßig als Erben und erwarben ipso iure kraft Anfalls [1]). Während also das römische Legat dem Honorierten ein — dingliches oder obligatorisches — Recht gegen den Erben gab, hatte der Bedachte des deutschen Testamentes reines Erbrecht, das sich mit dinglicher Wirkung gegen den Nachlaß bzw. gegen dessen Verwalter, den Testamentsvollstrecker oder Salmannen richtete [2]).

Die Stellung des deutschrechtlichen Testamentserben war demnach eine wesentlich andere als die des römischen Legatars. Er war gleichwertig mit sämtlichen anderen Erben. Deshalb lag auch kein besonderes Bedürfnis vor, den Testamentserben gegen Veruntreuungen an den ererbten Gegenständen durch andere Erben zu schützen; den besten Schutz hiergegen bot ja schon der Umstand, daß die Verwaltung des Nachlasses meistens einem Testamentsvollstrecker übertragen war.

Die jetzt folgende Zeit stand immer stärker unter den Einwirkungen des römischen Rechts. In ständigem Fortschreiten führte dieses auf dem Gebiete der letztwilligen Verfügungen nicht nur zu einer tiefgreifenden Umgestaltung des deutschen Rechts, sondern zu einer so völligen Verdrängung der deutschen Rechtseinrichtungen, daß ohne Kenntnis des römischen Rechts die nun folgende Rechtsentwicklung in Deutschland während der Nachrezeptionszeit unverständlich sein würde. Es ist deshalb angebracht, in diesem Zusammenhange einen Überblick über das römische Vermächtnisrecht zu geben.

---

[1]) *Staud.-Boehmer S. 223 (111).*

[2]) *Heusler S. 653; vgl. Hamb. StR. = Nürnberger Ref. 28. 10 in Baumeister II. 290 und Kurkölner Rechtsordnung I. § 1 in Kraut S. 347.*

§ 3. Das Vermächtnis im römischen Rechte

Es kann, wie Boehmer[1]) zutreffend ausführt, heute keinem Zweifel mehr unterliegen, das die Anfänge der Entwicklung des römischen Erbrechtes in der grundsätzlichen Organisation des Hausverbandes ähnliche Rechtsformen des Familieneigentums aufwiesen wie das deutsche Recht. In der römischen Frühzeit war die Familie, die Hausgemeinschaft, die einzige Eigentümerin des Familiengutes. Der pater familias war zwar zu seinen Lebzeiten der Inhaber des Vermögens. Mit seinem Tode war aber das eigentliche Subjekt des Vermögens nicht gestorben; die Familie überlebte als Familienerbengemeinschaft — societas ercto non cito — den Verstorbenen, und durch sie überlebte ihn sein Vermögen[2]). Die Testierfreiheit des römischen pater familias kann demnach auch nicht allein in dessen scharf ausgeprägter Herrschaftsstellung als alleiniger Träger des Vermögens ihren Grund gehabt haben[3]). Vielmehr hat auch im römischen Rechte der pater familias erst dann, als die Idee des Privateigentumes stärker geworden war, als der überlieferte Gedanke des Familieneigentums, durch das Mittel des Testamentes sein vollfreies Verfügungsrecht und die Möglichkeit erhalten, sein Alleineigentum auch von Todes wegen der Familie gegenüber zu verwirklichen.

Ebenso wie in Deutschland mußte aber auch nach römischem Recht der eingesetzte Erbe ursprünglich durch Rechtsgeschäft gewissermaßen zunächst in die Familie aufgenommen werden.

Es kann als feststehend gelten, daß diese Aufnahme nicht nur um des Bedachten willen, sondern auch mit dem Ziele geschah, die Fortsetzung der Familie und den Totenkult des Erblassers zu sichern[4]). Diesen Grundgedanken teilte die Erbeseinsetzung mit der arrogatio, d. h. dem Geschlechtswechsel des gewaltfreien römischen Bürgers. Beide Geschäfte — testamentum calatis comitiis (Gaius II. 101) und arrogatio — wurden auch in derselben Form, und zwar in der Frühzeit in der Volksversammlung, später in den Kuriatkomitien unter pontifikalem Vorsitze vorgenommen[5]). Es kam im Rahmen dieser

---

[1]) *Staud.-Boehmer S. 76 (1); Sohm S. 675; Kniep Bd. 3, S. 110 ff.; Binder JW. 1939, S. 567; Wieacker Societas S. 5, 128/9, 177/8.*

[2]) *Wieacker S. 129; Siber Grundz. II. 437; Rabel SZZ. Germ. 50. 326 ff. Bonfante I. 238.*

[3]) *Vgl. dazu Binder in Deutsches Recht 1939, 107 (108).*

[4]) *Bruck Entw. S. 549, 547; Sohm S. 681, 718/19 Anm. 6.*

[5]) *Bruck S. 548/49; Staud.-Boehmer S. 77 (5); Lange Denkschr. I S. 3.*

Arbeit unentschieden bleiben, ob nun die Testamentserrichtung calatis comitiis im Grunde nichts anderes als Arrogation war [1]), oder ob beide trotz der Gleichheit der Formen verschiedene Geschäfte waren [2]), oder ob schließlich das testamentum in calatis comitiis nur die Veranlassung zur Arrogation des in ihm ernannten Erben nach dem Tode des Erblassers war [3]). Zwischen allen diesen Meinungen herrscht nämlich Uebereinstimmung darüber, das das testamentum calatis comitiis jedenfalls seinem Wesen nach eine Arrogation unter staatlicher Mitwirkung mit dem Ziele war, die gesamte Persönlichkeit des Erblassers, also nicht nur dessen materielles Vermögen, sondern auch seine ideelle Rechtsstellung auf den Bedachten zu übertragen [4]). In dieser Zielrichtung stimmte also das testamentum calatis comitiis mit den deutschrechtlichen Einrichtungen der thinx und Affatomie überein.

Allerdings führte die gegenüber dem deutschen Rechte weitaus stärker ausgeprägte individualistische Tendenz des römischen Erbrechtes sowie die frühzeitigere Entwicklung des römischen Wirtschaftslebens weit schneller als im deutschen Rechte zur Anerkennung einer fast schrankenlosen Testierfreiheit des pater familias und zu seiner alleinigen Herrschaftsmacht über alles Gut [5]). Der Weg dieser Entwicklung zeigt jedoch einen „unverkennbaren Gleichlauf mit der deutschen Rechtsentwicklung“ [6]). Auch im römischen Rechte wurde auf der ersten Stufe der Entwicklung der Testierfreiheit dem Testator nicht etwa gleich das Recht gegeben, eine Gesamtübertragung des Nachlasses auf den selbst gewählten Erben vorzunehmen [7]). Vielmehr bildete die erste Erscheinungsform der römischen Testierfreiheit die Vergabung in Vermächtnisform, nämlich „die vertragsmäßige Erbschaftsveräußerung an einen familiae emptor in der Form der mancipatio“ [8]).

Über die rechtliche Stellung des familiae emptor herrscht keine einheitliche Auffassung [9]). Streit besteht insbesondere über die Frage, ob der familiae emptor ebenso wie der Speerbürge im germanischen

---

[1]) *So Kübler Arch. f. R. u. W. Philosophie Bd. 5, Heft 4, S. 12; Bruck Entw. S. 549; Puchta III 205; Sohm S. 718*

[2]) *So Girard-Mayr S. 872; Kniep S. 92 A.*

[3]) *Schulin S. 53.*

[4]) *Bruck Entw. S. 547; Girard-Mayr S. 872; Schulin S. 52/3.*

[5]) *Lange Denkschr. I. S. 3.*

[6]) *Staud.-Boehmer S. 77 (6).*

[7]) *Staud.-Boehmer S. 78 (6).*

[8]) *Staud.-Boehmer S. 78 (6).*

[9]) *Bruck Entw. S. 535/6.*

Rechte Treuhänder, Mittelsmann unter Lebenden war, oder ob er in der Rolle eines Testamentsvollstreckers, Fiduziars oder sogar Erben stand [1]). Gai. II. 102 berichtet darüber:

„Qui neque calatis comittis neque in procinctu testamentum fecerat, is sie subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dare velletur. 103: ... namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. Nunc vero alius heres testamento instituitur, e quo etiam legata relinquantur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur."

Daraus ergibt sich folgendes: Die mancipatio war für den familiae emptor ein reiner Erwerbsakt [2]). Als solcher konnte sie, wie B r u c k [3]) überzeugend ausführt, umso weniger eine Schuldübernahme enthalten, als ja eine Mitwirkung der Nachlaßgläubiger nicht stattfand. Hinzu kommt, daß für den Fall, daß für den familiae emptor eine persönliche Haftung für Nachlaßschulden entstanden wäre, wohl schwerlich sich jemand zur Übernahme der Tätigkeit als familiae emptor gefunden hätte [4]). Damit entfällt aber die Möglichkeit [5]), daß der familiae emptor Erbe oder Gesamtnachfolger des Nachlasses geworden wäre [6]).

Andererseits ergibt sich aber aus Gaius, daß das Aktivvermögen des Erblassers auf den familiae emptor übereignet wurde [7]). Er übernahm also das Vermögen unbeschadet der Verpflichtung, für die Schulden zu haften. Er durfte es aber auf Grund fiduziarischer Vereinbarung nicht für sich behalten und über den Nachlaß nur nach Maßgabe der vom Erblasser getroffenen Bestimmungen verfügen.

Die Entscheidung, ob der familiae emptor diese Tätigkeit als Testamentsvollstrecker im modernen Sinne oder als unter Lebenden bestellter Treuhänder ausübte, hängt davon ab, ob die mancipatio familiae tatsächlich eine letztwillige Verfügung, ein Testament war. Das war aber, wie bereits gesagt, nicht der Fall. Vielmehr war die mancipatio familiae eine vertragsmäßige Erbschaftsveräußerung, die unmittelbar unter Lebenden mit dinglicher Wirkung das Eigentum am

[1]) *Schultze in Iher. Jb. 43, S. 6 ff.*
[2]) *Girard-Mayr S. 878.*
[3]) *Bruck Entw. S. 542.*
[4]) *Bruck Entw. S. 544.*
[5]) *Sohm S. 720/2.*
[6]) *So auch Puchta II. 46, III. 206.*
[7]) *Girard-Mayr S. 878; Mitteis RPR. I S. 77 Anm. 11.*

Aktivvermögen des Erblassers auf den familiae emptor übertrug. Deshalb konnte der familiae emptor aber auch kein Testamentsvollstrecker im modernen Sinne sein. „Er ist nichts anderes als ein unter Lebenden bestellter Treuhänder, der in den Dienst des letzten Willens gestellt ist“ [1]).

In diesem Zeitpunkt der Entwicklung stand der familiae emptor also auf einer Stufe mit dem Speerbürgen des germanischen Rechtes, der auch durch rein sachenrechtliches Geschäft treuhänderisch gebundenes Eigentum erhielt.

Aber auch in späterer Zeit, als, wie Gaius II. 103 berichtet, der familiae emptor zu einem reinen Figuranten herabsank, der nur noch „dicis gratia propter veteris juris imitationem“ zugezogen wurde, wurde der familiae emptor nicht zum Testamentsvollstrecker des Erblassers [2]). Jetzt rückte vielmehr der Bedachte der mancipatio familiae immer mehr in die Stellung des Komitialtestamentserben; auch er wurde Repräsentant des Erblassers, und damit erschien es unvereinbar, ihn durch einen Testamentsvollstrecker zu beschränken [3]).

Mit dem Zeitpunkte, als die Idee des Eigentumserwerbs des familiae emptor verblaßt und der familiae emptor nur noch der Formalität wegen da war, hatte der Erblasser auch das Recht zur Vermächtnisanordnung „durch einseitigen letztwilligen Formalakt“ erhalten [4]).

Erst von diesem Zeitpunkte ab kann von einem römischen Rechte der Vermächtnisse gesprochen werden, das dann allerdings schon sehr bald bis ins einzelne geregelt wurde.

Nicht allein, daß das römische Recht das Vermächtnis in zwei Rechtsformen, legatum und fideicommissum, entwickelte, schuf es auch mehrere Arten der Legate, die sich in ihren Wirkungen für den Vermächtnisnehmer wesentlich unterschieden. Insbesondere aber hat jener Unterschied zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Vermächtnisse, der das ganze Vermächtnisrecht durchzieht, seinen Ursprung im römischen Rechte.

Wenn nun auch im Verlaufe der geschichtlichen Entwicklung die Unterschiede zwischen Legaten und Fideikommissen einerseits und zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Vermächtnisse andererseits immer mehr verwischt und schließlich durch die justinianische Gesetzgebung fast ganz aufgehoben wurden, so verlangt dennoch die

---

[1]) *Bruck Entw. S. 561; so auch Beseler II, 84; v. Mayr R. R. Gesch. I S. 104.*

[2]) *a. M. Sohm S. 721.*

[3]) *Bruck Entw. S. 565, 567.*

[4]) *Staud.-Boehmer S. 78 (6).*

Darstellung der in dieser Arbeit behandelten Fragen auch eine Untersuchung des vorjustinianischen Rechtes. Denn abgesehen davon, daß die Verschmelzung der verschiedenen Arten der Vermächtnisse [1]) auch in den justinianischen Rechtsbüchern nicht bis zum letzen durchgeführt ist, kann auch nur die Kenntnis des vorjustinianischen Rechtes zum Verständnisse des Gesamtwerkes führen.

Im Folgenden soll deshalb zunächst in gedrängter Form ein geschichtlicher Überblick über die Entwicklung der Vermächtnisse im römischen Rechte gegeben werden.

A. Das Legat

Das Eigentum oder ein anderes dingliches Recht an einem Gegenstande kann in zweifacher Weise Gegenstand eines Vermächtnisses sein. Es ist möglich, daß durch das Vermächtnis zunächst nur eine Verpflichtung des Belasteten geschaffen wird, dem Vermächtnisnehmer das Eigentum an der Sache zu übertragen. Eine Sache kann aber auch mit der Wirkung vermacht werden, daß das Eigentum an ihr dem Vermächtnisnehmer unmittelbar und ohne Mitwirkung des Erben als vom Erblasser zugewendetes Recht zukommt. In jedem Falle erwächst dem Vermächtnisnehmer ein Recht auf die vermachte Sache, in diesem ein Recht an der Sache. Diesem Unterschiede legte das römische Recht große Bedeutung bei.

Entsprechend dieser Unterscheidung kannte das ältere römische Recht mehrere Arten von Legaten, die ihrem Inhalte nach für den Honorierten das eine oder andere Recht begründen konnten. Die grundsätzliche Verschiedenheit in dem Inhalte der Legate ergab sich aus der Beantwortung der Frage, ob durch das Legat unmittelbar aus der Erbschaft ein Recht entnommen und dem Bedachten überwiesen, oder ob zunächst nur dem Erben eine Verpflichtung zugunsten des Bedachten auferlegt würde. Da das legatum ferner in feststehenden Wortformen — verbis imperativis — angeordnet werden mußte, prägte sich die Verschiedenheit des Inhaltes der Legate schon in diesen Wortformen aus.

Gaius [2]) unterschied vier Arten der Legate, die weiter unten einzeln untersucht werden sollen. Als für alle Arten gemeinschaftlich kann jedoch zunächst folgendes festgestellt werden:

---

[1]) *Der Ausdruck „Vermächtnis" sei hier als eine Sammelbezeichnung für legatum und fideicommissum benutzt, die das römische Recht nicht kannte.*

[2]) *II. 192; vgl. Ulp. 24, 2.*

Über das Alter der verschiedenen Legatsformen sagen die Quellen nichts [1]). Es ist jedoch anzunehmen, daß das Vindikationslegat das älteste der vier genannten ist, weil es in den Quellen stets als erstes aufgeführt wird [2]). Richtig erscheint auch in diesem Punkte die Begründung Friedenburgs [3]), daß die Formel für das Vindikationslegat offenbar die für derartige Zwecke gebräuchlichsten Worte enthalten habe, und daß sich damit das Vindikationslegat als die natürlichste Form der Vermächtniszuwendung zu erkennen gebe.

Gemeinschaftlich war allen Legaten, daß sie nur in einem Testamente oder in einem Kodizill, das im Testamente bestätigt war — errichtet werden konnten. Damit war für das Legat als wesentliche Voraussetzung eine Erbeseinsetzung vorgeschrieben: nur ein eingesetzter Erbe konnte durch ein Legat beschwert werden [4]).

1. Das Vindikationslegat

Die übliche Formel für das Vindikationslegat war „do lego", aber auch „sumito, sibi habeto, capito" [5]).

Das Vindikationslegat diente der unmittelbaren Rechtszuwendung; es verschaffte dem Legatar unmittelbar Eigentum an der vermachten Sache [6]). Nach dem Grundsatze: „Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet" [7]) war Voraussetzung für die Wirksamkeit dieses Legates, daß der Erblasser das Eigentum, und zwar das dominum iure Quiritium an der vermachten Sache hatte. Was der Erblasser nicht iure Quiritium, sondern nur in bonis hatte, konnte also nicht Gegenstand eines Vindikationslegates sein. Bezüglich des quiritischen Eigentumes wurde aber weiter auch verlangt [8]), daß es „utroque tempore" vorhanden war, d. h. die vermachte Sache mußte sowohl zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses als auch im

---

[1]) *Vgl. die Übersicht bei Siber S. 351/2.*

[2]) *So auch Wlassak SZZ. 31. 199; Karlowa II. 916; Kniep S. 340; Heilfron S. 626; Czyhlarz S. 412; Bruck, Testvollstr. S. 552.*

[3]) *19. Jur.-Tag Band II S. 39.*

[4]) *D. 30. 116 pr.: „legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit".*

[5]) *Gai. II. 193: „hominem Stichum do lego".*

[6]) *Gai. II. 193, 194.*

[7]) *D. 50. 17. 54.*

[8]) *Gai. II. 196.*

Augenblicke des Todes des Erblassers in dessen quiritischen Eigentume stehen [1]).

Die Wirkungen des Vindikationslegates eines solchen utroque tempore im Eigentume des Erblassers stehenden Gegenstandes war die, daß der Honorierte — post aditam hereditatem — die vermachte Sache ohne weiteres als seine eigene, ihm gehörige Sache durch die rei vindicatio [2]) von jedem anderen Besitzer herausverlangen konnte. Zum Eigentumserwerbe des Legatars war also insbesondere keine Übertragung des Eigentumes von dem Erben auf den Legatar notwendig, vielmehr war eine solche Übertragung begrifflich unmöglich, denn die Sache war durch den Willen des Erblassers aus der Erbschaft ausgeschieden [3]). Das Eigentum an ihr erwarb der Vermächtnisnehmer vom Erblasser selbst ohne Vermittlung durch den Erben kraft Gesetzes. Es entstand daher auch durch das legatum per vindicationem für den Erben keine Verpflichtung auf Leistung des vermachten Gegenstandes an den Legatar, und deshalb auch kein persönliches Forderungsrecht des Legatars gegen den Erben. Aus diesem Grunde war dem Legatar gegen den Erben, der den Besitz an der vermachten Sache hatte, keine in personam actio, sondern nur eine in rem actio gegeben.

Über den Zeitpunkt, wann der Vermächtnisnehmer seinen Anspruch geltend machen konnte, herrschte zwischen den beiden Rechtsschulen der Sabinianer und Prokulianer Streit. Während die Prokulianer zum Eintritte des unmittelbaren Eigentumserwerbes des Vermächtnisnehmers eine vorhergegangene Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses forderten, genügte nach der Ansicht der Sabinianer nur der Antritt der Erbschaft durch den Erben zur Begründung des Vermächtnisanspruches. Die Ansicht der Prokulianer ist — wie Gaius [4]) berichtet — schließlich durchgedrungen.

2. Das Damnationslegat

Das legatum per damnationem diente dazu, ein persönliches Forderungsrecht des Vermächtnisnehmers gegen den Beschwerten zu begründen. Es verpflichtete den Erben, dem Legatar das quiritische

---

[1]) *Von diesem Grundsatze war — Gai. a. a. O. — nur die eine Ausnahme zugelassen, die auch durch die Natur der Sache gerechtfertigt war, daß es zur Wirksamkeit des Legats einer Summe Geldes oder einer anderen Menge vertretbarer Sachen genügte, wenn diese beim Tode des Erblassers in dessen Vermögen waren.*

[2]) *Daher der Name Vindikationslegat. Gai. II. 194. Brinz S. 400.*

[3]) *Arndts Band 46 S. 17.*

[4]) *Gai. II. 195.*

Eigentum an einer Sache zu verschaffen. Die Formel war meistens „dato, dare iubeo“ [1]).

Inhalt dieses Legats konnte alles sein, was Inhalt einer Obligation sein konnte, sowohl ein dare als auch ein facere oder auch ein non facere. In allen Fällen erzeugte das Legat immer nur eine Forderung, niemals ein dingliches Recht des Legatars. Vermachte also der Erblasser eine ihm gehörige Sache durch Damnationslegat, so ging diese Sache beim Tode des Erblassers gleichwohl in das Eigentum des Erben über, und von diesem konnte der Vermächtnisnehmer lediglich im Wege der in personam actio die Übereignung der vermachten Sache verlangen [2]). Es konnten aber auch Sachen, die dem Testator nicht eigentümlich gehörten, gültig vermacht werden [3]). Der Erbe war dann zur Verschaffung der fremden Sache redimere et praestare – bzw. zur Leistung ihres Wertes verpflichtet.

Beim Damnationslegat traten im Gegensatze zum Vindikationslegate – die Interessen des Vermächtnisnehmers merklich gegenüber denen des Erben zurück. Das Recht aus dem Vermächtnisse bestand hier im Gegensatze zu dem ohne irgendein Zutun des Erben entstehenden Eigentumsrechte beim Vindikationslegate nur aus einem bloßen Forderungsrechte des Vermächtnisnehmers gegenüber dem Erben.

3. Das legatum sinendi modo und das legatum per praeceptionem

Die beiden bisher geschilderten Legatsformen machten Dritte zu Eigentümern bzw. Gläubigern, ohne daß von diesen einer jener Willensakte verlangt wurde, die das Privatrecht sonst dafür forderte. Diese Wirkung der beiden Hauptformen der Legate läßt den Schluß zu, daß sie wohl noch auf die Zeit zurückgehen, in der das Testament in der Form eines wirklichen Gesetzes errichtet wurde, das auch gegen und für Dritte verbindlich war.

Im Verlaufe der Entwicklung zeigte sich jedoch, daß die beiden Hauptformen für sich allein nicht ausreichten, um den Zwecken zu genügen, die der Erblasser mit der Errichtung von Legaten verfolgte. Er wollte mit der Anordnung der Legate das strenge Intestat- und testamentarische Erbrecht der älteren Zeit ergänzen und berichtigen. Das Bedürfnis des Testators, sich von diesen Schranken freizumachen,

[1]) *Gai. II. 201.*
[2]) *Gai. II. 204.*
[3]) *Gai. II. 202.*

wurde desto größer, je höher die wirtschaftliche und soziale Entwicklung stieg. Es galt später [1]) sogar geradezu als eine Art Ehrenpflicht des Testators, Zuwendungen von Todes wegen an Freunde und politische Gesinnungsgenossen in der Form der Legate zu machen. Die Vielfalt solcher Beziehungen des Testators zur Umwelt führte aber auch dazu, daß die Ziele, die der Testator im einzelnen Falle mit der Anordnung eines Vermächtnisses verfolgte, immer mannigfaltigere wurden. Hinzu trat, daß im Laufe der wirtschaftlichen Entwicklung das Eigentumsrecht und seine Auswirkungen im römischen Rechte fortlaufend vielseitiger ausgestaltet wurden. Das mußte notwendigerweise auch auf dem Gebiete des Vermächtnisrechtes zu einer weiteren Ausbildung und Gliederung führen.

Schon in diesem Stand der Entwicklung zeigte sich somit im römischen Rechte jene Schwierigkeit, die später noch näher zu erörtern sein wird, daß nämlich in einem wirtschaftlich und rechtlich hoch entwickelten Staate lediglich die Möglichkeiten, mit nur dinglicher oder mit nur schuldrechtlicher Wirkung zu vermachen, jedenfalls dann den praktischen Bedürfnissen nicht genügen, wenn die Anordnung eines Vermächtnisses die einzige Art der Zuwendung von Todes wegen neben der Erbeseinsetzung ist.

Schon jetzt setzte daher eine Verwischung der Grenzlinien zwischen den Vermächtnisformen ein, die sich hauptsächlich in den Nebenformen des legatum sinendi modo und des legatum per praeceptionem zeigte. Ihr Sinn besteht sowohl darin, den Erblasser die Erreichung seines mit der Legatsanordnung beabsichtigten Zweckes zu erleichtern, als auch darin, einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Bedachten und denen des Beschwerten herbeizuführen.

Beide Nebenformen waren in ihren Wirkungen dem Damnationslegate verwandt.

Das legatum sinendi modo war seiner Form nach eine Art des Damnationslegates. Als Formel gibt Gaius [2]) an: „heres meus damnas esto sinere L. titium hominem Stichum sumere sibique habere". Auch hier wurde demnach eine bloße Verpflichtung des Erben geschaffen, zu gestatten, daß der Legatar sich der vermachten Sache bemächtigte. Von dem Damnationslegate unterschied sich das legatum sinendi modo jedoch dadurch, daß Gegenstand des letzteren nicht jede, auch fremde Sache sein konnte, sondern nur eine Sache der Erbschaft oder des Erben [3]). Ebenso aber wie beim Damnationslegate wurde auch beim

[1]) *Brückner S. 84/85.*
[2]) *II. 209.*
[3]) *Gai. II. 210.*

legatum sinendi modo die vermachte Sache zunächst Eigentum des Erben. Das Eigentum an ihr konnte der Vermächtnisnehmer wieder nur durch eine in personam actio durchsetzen, für die Gaius [1]) als Klageformel angibt: „quidquid heredem ex testamento dare facere oportet".

Das legatum per praeceptionem wurde nach folgender Formel gesetzt „L. Titius hominem Stichum praecipito" [2]). Durch dieses Legat konnte nur eine Erbschaftssache, und diese wieder nur an einen Miterben vermacht werden. Es begründete also ein sogenanntes Praelegat zugunsten eines Erben und zu Lasten aller anderen Miterben. Der Vermächtnisnehmer hatte gegen seine Miterben einen Anspruch, ihm die vermachte Sache noch außer seinem Anteile zu belassen; er konnte diesen Anspruch im Wege des iudicium familiae erciscundae geltend machen. Bemerkenswert ist schließlich noch, daß durch das Praeceptionslegat nicht nur eine Sache vermacht werden konnte, die sich in bonis des Erblassers befand, sondern sogar eine solche, die überhaupt nur materiell als zum Vermögen des Erblassers gerechnet werden konnte [3]).

Auf den Streit zwischen Prokulianern und Sabinianern bezüglich des legatum per praeceptionem kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. Die Prokulianer erklärten auch das zugunsten eines Nichterben gesetzte Praeceptionslegat für gültig und behandelten es bei Vorliegen der Erfordernisse eines Vindikationslegates als letzteres. Diese Ansicht soll nach Gaius [4]) von Hadrian als richtig bestätigt worden sein.

B. Die Fideikommisse

Neben die Legate als die Vermächtnisform des alten Zivilrechtes trat in der Kaiserzeit als weitere Form der Vermächtnisanordnung das fideicommissum: Der Erblasser stellte es bittweise — verbis precativis [5]) — in das Gewissen des Beschwerten, daß er dem Bedachten das vom Erblasser formlos Zugewandte leisten werde [6]). Das fideicommissum gewährte also kein Recht, legte vielmehr dem

[1]) *Gai. II. 213.*
[2]) *II. 216.*
[3]) *Gai. II. 222.*
[4]) *II. 221.*
[5]) *Ulp. XXIV. 1.*
[6]) *Sohm S. 734.*

Beschwerten nur eine sittliche Pflicht auf [1]). Es wurde aber betont, daß die Auferlegung eines fideicommissum dem ehrlichen Manne einem Gebote gleich gelten müsse. Klagbar wurde das Fideikommiß erst, wie J. 2. 23. 1 berichtet, seit Augustus, und auch das zunächst nur in schwerwiegenden Fällen. Dadurch wurde zwar das Fideikommiß ein rechtsgültiges Vermächtnis; es unterschied sich aber von den Legaten auf zweifache Weise:

1. Es war völlig formfrei; erforderlich war nur, daß ein bestimmter Wille des Erblassers klar erkennbar wurde.
2. Durch das Fideikommiß konnte nicht nur der Testaterbe — wie beim Legate —, sondern jeder, der etwas aus dem Nachlasse erhielt, beschwert werden [2]).

In seiner Wirkung stimmte das fideicommissum mit dem Damnationslegate überein: Durch beide wurde immer nur ein Forderungsrecht, niemals aber unmittelbar Eigentum an der vermachten Sache erworben [3]). Selbst seitdem seit Augustus das Fideikommiß klagbar geworden war, wurde die Verbindlichkeit aus ihm durchaus nach der Billigkeit und ex voluntate defuncti beurteilt [4]). Die Klage konnte nicht im ordentlichen Prozeßverfahren, sondern nur im Wege der extraordinaria cognitio erhoben werden [5]).

Zweifellos stellten aber die freieren und der Billigkeit mehr entsprechenden Grundsätze des Fideikommisses gegenüber den streng formalistischen Legaten eine bedeutende Erleichterung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs dar. Die Neigung zur Errichtung von Fideikommissen stieg daher ständig und mußte im Laufe der Zeit, wenn nicht zu einem Verschwinden der strengen Legatsformen überhaupt, so doch jedenfalls zu einer Angleichung der beiden Rechtseinrichtungen führen.

C. Die Zeit der Annäherung der Vermächtnisformen und ihrer Verschmelzung

Die oben geschilderten Arten der Vermächtnisanordnungen lassen nicht erkennen, daß ihnen irgend eine gesetzgeberische Erwägung systematischer Natur zugrunde gelegen hätte. Vielmehr entsprang —

[1]) *Windscheid § 623.*
[2]) *Gai. II. 271.*
[3]) *Gai. II. 272.*
[4]) *Gai. II. 278—283; Puchta III. S. 270.*
[5]) *Gai. II. 278.*

wie wir bereits sahen die Verschiedenheit der einzelnen Legatsarten reinen Zweckmäßigkeitsgründen. Die Legatsformen sollten dem Testator vollste Freiheit in der Verfügung und möglichst genaue und einfache Durchführung seines letzten Willens sichern. Allerdings wurde dieses Ziel in vielen Fällen nicht erreicht. Der Grund hierfür lag in dem im klassischen Rom besonders ausgeprägten Formensinne, der dazu führte, daß der tatsächlich und unzweifelhaft vorhanden gewesene Wille des Erblassers weniger Berücksichtigung bei der Auslegung der letztwilligen Verfügung fand, als der Wortlaut der starren Formeln, die der Erblasser jeweils benutzen mußte. Diese Auffassung führte schon zur Zeit der klassischen Juristen dazu, daß vorsichtige Erblasser mit dem Ziele, eine spätere Nichtigkeit ihrer letztwilligen Verfügung wegen eines für ein Vindikationslegat unzulässigen Inhaltes zu verhindern, das Vindikationslegat mit dem Damnationslegate oder überhaupt das Legat zugleich mit einem fideicommissum verbanden. Damit sollte erreicht werden, daß ein und dasselbe Vermächtnis bei Mangel der einen Form wenigstens in der anderen aufrechterhalten werden konnte. Durch diese Übung wurde der Gesetzgebung der Fingerzeig zu einer wichtigen Ausgleichung wenigstens innerhalb der hauptsächlichen Legatsformen gegeben. Diese erfolgte im S. C. Neronianum. Es bestimmte [1]), daß jedes Vindikationslegat, das als solches wegen seines für ein Vindikationslegat unzulässigen Inhalts ungültig war, als Damnationslegat aufrechterhalten werden sollte. Damit wurde es im Zweifelsfalle dem Legatar, dem eine Sache durch Vindikationslegat vermacht worden war, überlassen, ob er das Legat in dieser Form oder als Legatum per damnationem geltend machen wollte.

Man folgerte aber auch aus dem S. C. Neronianum [2]), daß auch der mit einem anderen als einem Vindikationslegat gültig Bedachte, wenn er ein Interesse daran hatte, ebenfalls als Legatar per damnationem auftreten könnte. Dadurch erlangten, wenn der Legatar wollte, alle Legate die Wirkung des legatum per damnationem, ohne daß jedoch das legatum per vindicationem seine Vorzüge verlor. Daneben hielt sich aber auch der Brauch, dieselbe Sache per vindicationem und per damnationem zu vermachen, der dem Legatar zumindest die Wahl zwischen beiden Legatsformen gab. Diese Gewohnheiten führten, unterstützt durch die nach der Abschaffung der festen Legatsformeln entstandenen Schwierigkeit, festzustellen, was der Erblasser in Wirklichkeit gewollt hatte, in ihrer Entwicklung nicht nur zur endgültigen Beseitigung des Unterschiedes zwischen den einzelnen

[1]) *Gai. II. 197, 212; Jörs-Kunkel S. 349 (18).*
[2]) *D. 84. 13. 30. (Julian); C. 76. 8. 31. (Papinian).*

Formen der Legate, sondern bereitete auch die Verschmelzung der Legate mit den Fideikommissen vor.

Die Verschmelzung geschah auf dem Wege, daß einerseits die Legate von der überlieferten Form befreit, andererseits das Fideikommiß an eine gewisse Form gebunden wurde [1]). So entstanden zwei Gesetze:

1. eine constitutio von Constantius und dessen Mitkaisern, die bestimmte, daß Legate auch ohne die bisher streng vorgeschriebenen Wortformeln gültig waren [2]),
2. eine constitutio von Constantin und Theodosius II., die auch für die Errichtung von Fideikommissen die Zuziehung von Zeugen vorschrieb [3]).

Die auf diesem Wege zwar vorbereitete Verschmelzung von Legaten und Fideikommissen und damit der Grundsatz: „per omnia exaequata sunt legata fideicommissis“ [4]) wurde aber erst durch Justinian aufgestellt und durchgeführt. Zu diesem Zwecke erließ er im Jahre 529 zunächst die L. 1 Cod. communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda — C. 6. 43. 1. Das Gesetz stellte sich auf den Standpunkt der Zweckmäßigkeit; es rügte die „subtilitas“ und „inextricabiles circuitus“ des klassischen Rechts und bestimmte:

1. Jedes Vermächtnis begründete ohne Rücksicht auf die Form seiner Anordnung stets für den Beschwerten eine Verpflichtung zur Erfüllung des Vermächtnisses. Der Vermächtnisnehmer hatte zur Durchsetzung seines Anspruches die persönliche Legatsklage — actio legati —.
2. Jedes Vermächtnis begründete für den Vermächtnisnehmer einen mit der in rem actio durchsetzbaren dinglichen Anspruch unter der einen Voraussetzung, daß die vermachte Sache zum Nachlasse des Erblassers gehörte [5]).

Da trotz dem Satze in L. 1 cod. cit.: „Rectius esse censemus, ... omnibus .... tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam ....

---

[1]) *Sohm S. 735.*

[2]) *C. 6. 37. 21. (Constantius).*

[3]) *C. 4. 4. 7. 2 (Theod.).*

[4]) *J. 2. 20. 3.*

[5]) *Marezoll (Ztschr. f. CivilR. u. Proz. 9, 61 bis 134, 247 bis 310, insbes. S. 290) vertritt zwar den Standpunkt, daß die in rem actio des L. 1 cod. cit. nicht die direkte rei vindicatio, sondern nur eine utilis rei vindicato gewesen sein soll. Dagegen die herrschende Meinung, z. B. Brückner § 5, Meischeider S. 352; Dernburg-Biermann III § 99.*

(imponere) ...." Zweifel auftraten, ob durch das genannte Gesetz eine vollständige Verschmelzung nicht nur der Legate unter sich, sondern darüber hinaus auch der Legate mit den Fideikommissen bewirkt worden wäre, bestimmte Justinian durch L. 2. eod. tit. ausdrücklich, daß es nicht mehr darauf ankommen sollte, ob das Vermächtnis vom Erblasser selbst als legatum oder fideicommissum bezeichnet worden war. Es gab jetzt nur noch e i n Vermächtnis, das beide Namen führte, und das aller Vorteile teilhaftig sein sollte, die nach älterem Rechte entweder nur der einen oder nur der anderen Vermächtnisart eigentümlich waren.

Da nun alle Vermächtnisse, soweit sie Gegenstände des Nachlasses betrafen, einen unmittelbaren Eigentumserwerb an dem Vermächtnisgegenstande begründeten, wurde die oben schon kurz berührte Frage besonders wichtig, wann und wie jener unmittelbare Eigentumserwerb eintreten sollte.

Das dinglich wirkende Vermächtnis des justinianischen Rechtes hatte seine Grundlage in dem Vindikationslegate der früheren Zeit. Die Beantwortung der oben gestellten Frage richtet sich deshalb danach, wie der Eigentumserwerb beim Vindikationslegate alter Art geregelt war. Hier kamen zwei Zeitpunkte in Betracht, die die römische Rechtssprache wie folgt bezeichnete:

a) dies legati c e d e n s, d. i. der Anfallstermin, an dem der Vermächtnisnehmer eine – regelmäßig vererbliche [1]) Anwartschaft auf die vermachte Sache erwarb [2]);
b) dies legati v e n i e n s, d. i. der Erwerbstermin, von dem an der Vermächtnisnehmer die Herausgabe der Sache verlangen konnte.

Der dies cedens war bei unbedingten Vermächtnissen der Todestag [3]) des Erblassers, bei bedingten der Tag des Eintrittes der Bedingung. Mit diesem Tage entstand für den Vermächtnisnehmer lediglich ein Anwartschaftsrecht auf die ihm vermachte Sache, nicht aber erwarb er schon Eigentum. Vielmehr ergibt sich aus Gaius II. 194: „quia post aditam hereditatem statim .... res legatarii fit", daß das Eigentum erst post aditam hereditatem, d. h. nach dem Erwerbe der Erbschaft durch den Erben erworben wurde. Es bedurfte aber keiner weiteren Annahmeerklärung des Vermächtnisnehmers oder auch nur

[1]) *Vgl. Brinz III S. 403.*
[2]) *D. 36. 2. 5. pr.*
[3]) *Durch die Lex Poppaea war statt dessen der Zeitpunkt der Testamentseröffnung festgesetzt worden. Justinian führte aber (L. eod. tit. § 1. 5.) den Todestag wieder als maßgeblichen Zeitpunkt ein.*

seiner Kenntnis von dem Anfalle des Vermächtnisses [1]). Wohl aber konnte der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis, das er z. B. ohne Kenntnis erworben hatte, mit rückwirkender Kraft [2]) und mit der Wirkung ausschlagen, als ob dasselbe überhaupt nicht in Wirksamkeit getreten wäre [3]).

Der Vermächtnisnehmer erhielt das Eigentum an der vermachten Sache, nicht aber den Besitz. Er durfte sich den Besitz auch nicht eigenmächtig selbst verschaffen, sondern konnte ihn nur vom Erben übertragen bekommen – interdictum quod legatorum –. Dieser Umstand bedingte nach römisch-rechtlicher Auffassung, daß der Vermächtnisnehmer gegen unbefugte Verfügungen des Besitzers der vermachten Sache geschützt und gesichert werden mußte. Als solche Sicherungsmittel für den Vermächtnisnehmer bestanden als die wichtigsten folgende:

1. Durch C. 6. 43. 1. war dem Vermächtnisnehmer eine actio hypothecaria gegen das Nachlaßvermögen gewährt („res, ... quas a testatore heres consecutus est").
2. Durch L. 3 § 2. 3. cod. eod. wurde ein ausdrückliches Veräußerungsverbot für den Beschwerten hinsichtlich der vermachten Sache eingeführt.
3. Die früher nur für das Vindikationslegat geltende Regel (Gai. II. 194), nach der der Vermächtnisnehmer die vermachte Sache nicht nur vom Erben, sondern auch von jedem Dritten herausverlangen konnte, ohne durch die Veräußerung oder Bestellung von dinglichen Rechten durch den Erben gehindert zu sein, fand nunmehr auf alle Vermächtnisse Anwendung [4]).
4. Der Vermächtnisnehmer hatte bei bedingten oder befristeten Vermächtnissen einen Anspruch auf Bürgschaftsleistung [5]). Wurde diese nicht gestellt, so konnte er durch die missio in possessionem legatorum servandorum causa [6]) die Einweisung in den Mitbesitz der beim Beschwerten befindlichen Nachlaßgegenstände herbeiführen.

[1]) *Auch hier bestand wieder ein Schulstreit. Die hier vertretene Ansicht ist aber die heute vorherrschende (vgl. Salkowski Bd. 49 S. 2; Voigt II. S. 370; Brinz III. S. 402; – a. M. Koeppen in Iher. Jb. V. 126/7 und Lehrb. S. 696.*

[2]) *D. 30. 44. 1.*

[3]) *Gai. II. 195; vgl. Windscheidt § 643.*

[4]) *Vgl. dazu Salkowski S. 687/8; Jörs-Kunkel S. 356 (2), 360 (3).*

[5]) *D. 36. 3. — C. 6. 54 (uti in poss. 3).*

[6]) *D. 36. 4. Sohm S. 769 Anm. 3 a.*

5. Falls das Vermächtnis auf erhobene Klage nicht innerhalb von sechs Monaten entrichtet war, konnte durch die missio Antoniana [1]) die Einweisung des Vermächtnisnehmers in das eigene Vermögen des Beschwerten erfolgen. Der Vermächtnisnehmer erhielt dann den alleinigen Besitz an dem Vermögen des Beschwerten mit dem Rechte, sich aus den Erträgnissen des Vermögens zu befriedigen.
6. Mußte ein Vermächtnis ad pias causas eingeklagt werden, so wurde im Falle des Unterliegens des Beschwerten dieser zur Leistung des Doppelten verurteilt [2]).

§ 4. Das Vermächtnis unter der Herrschaft des gemeinen Rechts und der Kodifikationen der Nachrezeptionszeit

A. Das Vermächtnis im gemeinen Rechte

Nach dem Eindringen des römischen Rechtes, das Verträge über das Erbrecht verwarf, trat in Deutschland die Anordnung von Vermächtnissen durch Erbvertrag immer mehr in den Hintergrund. Zwar anerkannte das gemeine Recht unter gewissen Voraussetzungen den spätmittelalterlichen, aus der Vergabung von Todes wegen entstandenen Erbvertrag auch in der Form des Vermächtnisvertrages, weil es diesen durch Analogie aus der römischen donatio mortis causa decken zu können glaubte [3]). Der Vermächtnisvertrag wurde aber weder von der Theorie noch von der Praxis ausreichend entwickelt [4]), so daß man bei ihm nicht von einem allgemein anwendbaren gemeinrechtlichen Institut sprechen kann. Vielmehr wurde jetzt die Vermächtnisanordnung durch Testament die fast allein übliche. Für diese aber wurde das römische Recht in einer Weise maßgebend und beherrschend [5]), daß sich eine eigentümliche deutschrechtliche Entwicklung nicht behaupten läßt [6]).

Zwar vermochte die römische Errichtungsform vor sieben Zeugen keine praktische Bedeutung zu erlangen, obgleich sie in der Reichsnotariatsordnung von 1512 [7]) noch ausdrücklich anerkannt wurde.

[1]) *D. 36. 4. 5. 16 ff. — C. 6. 54 (uti in poss.).*
[2]) *Gai. IV. 9.-J. 4. 6. 19. 26.*
[3]) *Stobbe S. 299.*
[4]) *Stobbe S. 302.*
[5]) *Beseler I. S. 666.*
[6]) *Stobbe S. 217 Anm. übergeht daher die Vermächtnisse dieser Zeit völlig.*
[7]) *I. §§ 1 ff.*

Auch blieb an deutschrechtlichen Elementen weiterhin die Einsetzung von Testamentsvollstreckern in Übung [1]), und zwar auch noch zu einer Zeit, als nach römischem Vorbilde die Erbeseinsetzung im Testamente obligatorisch wurde [2]).

Die Wirkung der Vermächtnisse aber wurde völlig vom römischen Rechte bestimmt:

Grundsatz des gemeinen Rechtes war, daß das Eigentum an der vermachten Sache auf den Vermächtnisnehmer überging, und diesem zugleich eine dingliche und eine persönliche Klage zustand. Ein dingliches Recht erhielt der Vermächtnisnehmer nur dann nicht, wenn der Erblasser es bestimmt ausgeschlossen hatte, oder wenn die vermachte Sache nicht eine eigene des Erblassers war [3]). Einen Schutz des Erben, der den Nachlaß liquidieren mußte, bot das interdictum quod legatorum [4]), das dem Vermächtnisnehmer die eigenmächtige Inbesitznahme der vermachten Sache verbot und auf Rückerstattung eigenmächtig erlangten Besitzes ging. Vollfreies Eigentum erlangte der Vermächtnisnehmer erst nach Übertragung des Besitzes durch den Erben. Da aber der Vermächtnisnehmer den Erbschaftsgläubigern nachstand [5]), konnte das Eigentum nicht eher erlangt werden, bis geklärt war, ob dem Vermächtnisse keine Ansprüche der Erben oder der Nachlaßgläubiger entgegenstanden [6]). Gegen eine mißbräuchliche Verfügung der Erben über den vermachten Gegenstand bestanden die bereits auf Seite 34 f. bei der Behandlung des römischen Rechts erwähnten Sicherungsmittel [7]).

Dieser Regelung des gemeinen Rechts entsprach noch fast völlig das Bairische Landrecht von 1756 [8]).

---

[1]) *Stobbe S. 266; Beseler S. 672/3.*

[2]) *Vgl. Nürnb. Ref. Tit. 29. 9; Hamb. StR. III. 1. 22; Sintenis III. S. 674; Stobbe S. 218 Anm. 4.*

[3]) *Sintenis III. S. 706; Salkowski S. 58; Foerster-Eccius S. 408.*

[4]) *D. 43. 3.*

[5]) *Stobbe S. 302.*

[6]) *Flad ZAkDR. III. S. 738.*

[7]) *Vgl. auch noch Friedensburg S. 55.*

[8]) *III. 6. 11. Nr. 2: „Gehört die Sache ganz oder teilweise dem Erblasser, so geht bei unbedingtem Vermächtnisse das Eigentum mit dem Erbschaftsantritte auf den Legatar über." — Roth S. 417.*

B. Das Vermächtnis in den landesrechtlichen Kodifikationen

1. Das preußische Allgemeine Landrecht

ALR. I. 12 § 288 bestimmte:
„Das Eigentum der in einem Testament jemanden zum Legate ausgesetzten Sachen und Rechte geht in der Regel mit dem Todestage des Erblassers auf den Lagatar über."

Hinsichtlich dieser Bestimmung, die doch ausdrücklich von Eigentumsübertragung spricht, wurde zwar unter der Führung von Koch[1]) die Ansicht vertreten, daß sie lediglich im Sinne eines Erwerbes des Rechtes auf das Vermächtnis, aber nicht eines Erwerbes des Vermächtnisgegenstandes ausgelegt werden müßte. Demgegenüber stand die herrschende Meinung richtigerweise auf dem Standpunkte, daß durch § 288 die dingliche Wirksamkeit des Vermächtnisses anerkannt war[2]). Daß die Bestimmung nicht auf Gegenstände Anwendung findet, die im Eigentume von Dritten stehen, ergibt sich bei verständiger Auslegung der Worte „in der Regel" schon aus dem Wortlaute[3]).

Der Vermächtnisnehmer mußte den Besitz vom Erben verlangen. Da aber der Erbe den Legatar unter Umständen auch zur Schuldenzahlung herbeiziehen durfte, konnte die Besitzübertragung durch den Vermächtnisnehmer erst dann verlangt werden, wenn seine Beitragspflicht und die Höhe seiner Verpflichtung feststanden.

Wegen des mangelnden Besitzes standen dem Legatar nach preußischem Rechte folgende Sicherungsmittel zu[4]):

1. Er erhielt eine amtliche Benachrichtigung von der Vermächtniszuwendung[5]).
2. Er hatte ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Erben.
3. Bei Pfändungen in den Nachlaß stand ihm ein Interventionsrecht zu.
4. Die Erben hafteten ihm als Gesamtschuldner[6]).

---

[1]) *I. 2 § 288.*
[2]) *So schon Salkowski Band 49 S. 58; ferner mit eingehender Widerlegung Kochs Friedensburg S. 45—47; Schmidt II., S. 173; Foerster-Eccius S. 603; vgl. auch Enneccerus-Kipp S. 370; Flad S. 739.*
[3]) *Friedensburg S. 47.*
[4]) *Vgl. Foerster-Eccius S. 610.*
[5]) *I. 12 § 230.*
[6]) *I. 12 § 292.*

Das französische Recht hat den Grundsatz aufrechterhalten, daß die eigentliche Erbfolge ausschließlich auf dem Familienverbande beruht (art. 723) [1]). Nur die gesetzlichen und natürlichen Erben „sont saisis de plein droit des biens", d. h. sie sind allein wirkliche Gesamtnachfolger in den Nachlaß [2]). Es gibt keine testamentarischen Erben; jede Verfügung im Testamente ist Vermächtnis.

Der code civil unterscheidet drei Arten von Vermächtnissen, von denen hier unmittelbar nur die dritte interessiert. Denn sowohl der légataire universel (art. 1003) als auch der légataire à titre universel (art. 1010) steht, wenn er auch nicht selbst Erbe ist, in den Hauptbeziehungen dem Erben gleich. Eindeutig ergibt sich dies beim Universallegatar für den Fall, daß keine Pflichterben vorhanden sind (art. 1006); alsdann geht nämlich das Vermögen von Rechts wegen auf ihn über, ohne daß er verbunden ist, die Auslieferung zu verlangen. Für den Fall, daß beim Universalvermächtnisse Pflichterben vorhanden sind, sowie für alle Fälle des legs à titre universel erlangen die Legatare zwar die saisine erst durch die Auslieferung (délivrance du legs). Materiell spielen sie aber die Rolle von Miterben [3]). Denn einerseits ist die saisine der Pflichterben auch schon vor der demande en délivrance eine nuda proprietas, nur eine besitzmäßige Herrschaft [4]). Andererseits haben aber sowohl die légataires universels als auch die légataires à titre universel nach außen hin die volle Erbenstellung. Sie haften gemäß art. 1009, 1012 für die Nachlaßschulden und Einzelvermächtnisse unmittelbar und persönlich nach dem Verhältnisse ihrer Anteile [5]).

Einen reinen Vermächtnisanspruch gibt nur das legs particulier des art. 1014:

„Jedes unbedingte Legat gibt dem Legatar von dem Todestage des Testators an ein Recht auf die vermachte Sache — un droit à la chose léguée —, welches auf seine Erben oder Rechtsnachfolger übergeht."

Der Sinn und die Bedeutung der Worte „un droit à la chose léguée" war streitig [6]). Nach der heute herrschend gewordenen An-

[1]) *Staud.-Boehmer S. 89 (30).*
[2]) *Staud.-Boehmer a. a. O.*
[3]) *Staud.-Boehmer S. 89 (30).*
[4]) *Staud.-Boehmer a. a. O.*
[5]) *Staud.-Boehmer a. a. O.*
[6]) *Vgl. Enneccerus-Kipp S. 270; Flad S. 738.*

sicht sind sie jedoch dahin auszulegen, daß der Vermächtnisnehmer mit dem Todestage des Testators nicht nur einen schuldrechtlichen Anspruch, sondern Eigentum an den vermachten Gegenständen erwirbt. Allerdings ermangelt dem Vermächtnisnehmer der Besitz. Diesen muß er mit der demande en delivrance des art. 1014 von den Erben herausverlangen [1]). Solange der Vermächtnisnehmer nicht durch diese Auslieferung die saisine erlangt hat, hat er nur Eigentum ohne juristischen Besitz, also ein nudum ius, das zwar auf seine Erben oder Rechtsnachfolger übergeht, das aber insbesondere nicht durch Vindikationsklage gegen Dritte geltend gemacht werden kann. Die allgemeine Regel des art. 1014 gilt aber schließlich auch dann nicht, wenn von vorneherein feststeht, daß der Nachlaß zur vollen Befriedigung aller Vermächtnisnehmer nicht ausreicht. Es tritt dann [2]) zunächst eine ungeteilte Gemeinschaft zwischen dem Erben und den Einzelvermächtnisnehmern ein, und bei der Auseinandersetzung wandelt sich das Recht des Vermächtnisnehmers in einen Geldanspruch.

3. Das Allgemeine Österreichische Gesetzbuch

Das österreichische Recht hat in § 684 den unmittelbaren Eigentumserwerb des Vermächtnisnehmers völlig ausgeschlossen. Der Vermächtnisnehmer hat lediglich einen persönlichen Anspruch gegen den Belasteten, der mit der gewöhnlichen Schuldklage durchzusetzen ist [3]). Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn eine bestimmte Nachlaßsache vermacht ist [4]). Der Vermächtnisnehmer kann Eigentum an der vermachten Sache nur nach den allgemeinen, für den Eigentumserwerb aufgestellten Grundsätzen erlangen, bei beweglichen Sachen also durch Übergabe, bei unbeweglichen durch Einverleibung §§ 684, 688, 437 ABGB —.

Im Range steht der Vermächtnisanspruch den Forderungen der Nachlaßgläubiger nach [5]).

---

[1]) *Vgl. dazu RGZ. 26 S. 68; Flad S. 739; Rivier in Holtz.-Kohl. Arch. S. 531; Ziv.-Ges. d. Gegenw. I. S. 297; Zachariä-Crome IV. S. 456; Curti, Frankr. S. 242; Stabel S. 296.*

[2]) *Recueil periodique de jurisprudence de Dalloz 1912. 2. 305 zit. in Ziv.-Ges. d. Gegenw. I (Frankr.). S. 297.*

[3]) *Mayr S. 298.*

[4]) *Ehrenzweig II. S. 521.*

[5]) *Ehrenzweig II. S. 499; Klang-Rappaport II. 1 S. 474.*

Eine Sicherstellung kann der Vermächtnisnehmer nur in den Fällen verlangen, in denen ein Gläubiger von einem Schuldner Sicherstellung fordern kann, also nur beim Vorliegen von Pfandrechtstiteln. Ausnahmen von dieser Regelung bestehen lediglich für Vermächtnisse mit einem Werte von mehr als zwei Millionen Kronen, bei denen auf Sicherstellung geklagt werden kann. Ferner müssen nach dem Patente für Verfahren außer Streitsachen [1]) fromme und gemeinnützige Vermächtnisse sowie solche für Minderjährige oder ungewisse und abwesende Personen mündelsicher gestellt werden [2]).

Dem § 684 ABGB. entsprachen im Hessischen Entwurfe III § 297 und im Züricher Gesetzbuche § 2088. Beide Bestimmungen gewähren lediglich eine Forderung auf Entrichtung des Vermächtnisses und Überlassung der vermachten Sache.

4. Das Sächsische BGB. von 1863

Gemäß § 2451 dieses Gesetzes erwarb der Vermächtnisnehmer an Gegenständen, die zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Eigentume standen, mit dem Tode „das Eigentum nebst Zuwachs an der Sache" sofort mit der Erwerbung — § 2426 —, soweit nicht zu dem Übergange des Eigentums „ .... die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch nach § 2286 nötig" war.

Diese nach den Motiven zum Deutschen BGB. [3]) „unbefriedigende Zwittergestaltung" sah von jeder besonderen Sicherstellung des Bedachten mit Rücksicht auf die erforderliche Verfügungsfreiheit des Erben bei der Liquidation des Nachlasses ab [4]).

5. Verschiedenes

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhange noch der Mommsen'sche Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht von 1876. In Übereinstimmung mit Art. 297 des Hessischen Entwurfes sollte gemäß § 383 durch die Annahme des Vermächtnisses eine Forderung des Vermächtnisnehmers gegen den Beschwerten begründet werden, ein unmittelbarer Eigentumserwerb jedoch nicht

[1]) *Gesetz vom 21. 12. 1923, §§ 158—160.*
[2]) *Ehrenzweig II. 2 S. 524/5.*
[3]) *Vgl. S. 135.*
[4]) *Vgl. Verh. des 19. Deutschen Juristentages Band III. S. 82.*

eintreten. Zur Begründung seiner Ansicht führte Mommsen aus [1]), daß der dingliche Rechtserwerb mit der Natur der Vermächtnisse in Widerspruch stehe. Mit dem Grundsatze, daß das Vermögen des Erblassers als Ganzes erhalten bleiben und als solches auf den Erben übergehen solle, lasse sich nur ein durch den Erben vermittelter Übergang erbschaftlicher Rechte auf den Vermächtnisnehmer vereinigen. Es fehle zudem an Gründen, den Vermächtnisnehmer vor anderen Gläubigern zu bevorzugen; vielmehr genüge es, dem Vermächtnisnehmer zu überlassen, für die Sicherstellung seiner Forderung Sorge zu tragen.

§ 5. Der Streit um das Vindikationslegat während der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches

A. Der I. Entwurf

1. Die Motive

Der I. Entwurf des BGB. lehnte in § 1865 das Vindikationslegat ab und bestimmte:

„Durch das Vermächtnis wird für den Vermächtnisnehmer nur eine Forderung gegen den Beschwerten auf Leistung des Gegenstandes des Vermächtnisses begründet (Vermächtnisanspruch). Ein unmittelbarer Übergang des den Gegenstand des Vermächtnisses bildenden Rechts auf den Vermächtnisnehmer findet auch dann nicht statt, wenn das Recht zum Nachlaß gehört."

Zwar verkannten die Verfasser des Entwurfs nicht, daß der Erblasser „unter Umständen, und sogar in der Regel" ein Interesse daran habe, daß ein Nachlaßgegenstand, den er als einen individuellen vermacht hatte, auch wirklich in die Hände des Bedachten gelange. Auch war man sich darüber klar, daß dieses Ergebnis mit Sicherheit nur dann erzielt werden könne, wenn der Erblasser die Möglichkeit habe, seine Verfügungen mit dinglicher Wirkung zu treffen.

Wenn man sich auch einer „schwerwiegenden Abweichung vom geltenden Rechte" besonders aus dem Grunde bewußt war [2]), weil die Vorschrift des § 1865 zwingend sein sollte, so erschien es dennoch den Verfassern des I. Entwurfs aus folgenden Gründen unzulässig, dem

[1]) *A. a. O. S. 389.*
[2]) *Motive V. 176.*

Erblasser das dingliche Verfügungsrecht in der Form des Vindikationslegates einzuräumen [1]):

Gegen diese Rechtsform beständen in erster Linie juristisch-konstruktive Bedenken. Nach dem Entwurfe sei zu einer Eigentumsübertragung die bloße Willenserklärung nicht ausreichend; es werde vielmehr das Hinzutreten eines äußeren Tatbestandes (Übergabe, Eintragung ins Grundbuch) verlangt. Deshalb lasse sich das Vindikationslegat sowohl mit dem Traditionsprinzip wie insbesondere mit dem das Immobiliarrecht beherrschenden Grundbuchsystem „kaum, oder doch nur schwer" in Einklang bringen.

Ausschlaggebend für die Ablehnung des dinglich wirkenden Vermächtnisses sei aber der Umstand, daß der unmittelbare dingliche Erwerb des Vermächtnisnehmers sich nicht mit der Tatsache vereinigen lasse, daß der Erbe berechtigt und verpflichtet sei, den Nachlaß zu liquidieren, und deshalb auch in der Lage sein müsse, erforderlichenfalls über den vermachten Gegenstand zu verfügen. Diese Befugnis ginge aber dem Erben bei Zulassung des Vindikationslegates verloren, und damit träte gleichzeitig eine Gefährdung der Nachlaßgläubiger ein. Zwar hätten einige frühere Rechte versucht, dieser Gefährdung des Erben und der übrigen Nachlaßgläubiger dadurch entgegenzuwirken, daß sie den Vermächtnisnehmer nach Möglichkeit gehindert hätten, über den vermachten Gegenstand zu verfügen. So wäre auch beispielsweise zur Inbesitznahme, zur Grundbucheintragung und Forderungseinziehung durch den Vermächtnisnehmer die Zustimmung des Erben verlangt worden. Aus einer solchen vielfältigen Regelung ergebe sich aber eine Zwittergestaltung, die nach keiner Seite hin befriedige. Zudem könnten weder diese Regelungen, noch die — auch in Erwägung gezogene — Unterstellung des Vermächtnisnehmers unter ein Veräußerungsverbot dem Erben die freie Verfügungsmacht über den vermachten Gegenstand beschaffen, die im allgemeinen Interesse liege und zum Schutze der Nachlaßgläubiger nicht zu entbehren sei.

Von einem unmittelbaren Rechtserwerbe des Vermächtnisnehmers müsse deshalb abgesehen werden. Wenn der Erblasser den Erben nicht für zuverlässig halte, könne er durch Bestellung eines Testamentsvollstreckers den Vermächtnisnehmer „vollständig sichern".

Es sei deshalb auch nicht für erforderlich gehalten worden, den Erben zugunsten des Vermächtnisnehmers einem gesetzlichen Veräußerungsverbote zu unterstellen. Durch ein solches Veräußerungsverbot, das nur als relatives möglich sei, könne eine Sicherung des

[1]) *Motive V. 134 136; ferner auch Flad S. 738; Meischeider S. 347.*

Vermächtnisnehmers „nur in sehr unvollkommenem Maße“ erreicht werden, da es gegen den gutgläubigen Erwerb der Vermächtnissache durch einen Dritten doch nicht schütze. Zudem würde es auch hinsichtlich vermachter Forderungen eine verwickelte Regelung zugunsten gutgläubig zahlender Nachlaßschuldner erforderlich machen.

2. Die Kritik des I. Entwurfes

Die nach der Veröffentlichung des I. Entwurfes einsetzende Kritik war bezüglich des § 1865 geteilter Ansicht.

Zwar konnte sich Planck[1]), ohne näher auf die behandelten Fragen einzugehen, „von dem Übergewicht der gegen den Entwurf geltend gemachten Gründe nicht überzeugen“. Eck[2]) erklärte die Bestimmung des § 1865 als für den Erben günstig und hielt[3]) die Abschaffung des Vindikationslegates für „billigenswert“. Die zwar „leicht entstehende Gefährdung des Vermächtnisnehmers“ konnte nach seiner Ansicht durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder durch Strafandrohung des Erblassers gegen den veräußernden Erben verhindert werden.

Von den Bundesregierungen stimmten Sachsen, Württemberg, Baden, Schaumburg-Lippe, Lippe, Elsaß-Lothringen, Hessen, Coburg-Gotha und Reuß ä. L. vorbehaltlos dem Entwurfe zu[4]). Auch Preußen billigte trotz Bedenken den Entwurf[5]) mit der Begründung, daß beim Vindikationslegate eine völlig befriedigende Wahrung der Interessen der Gläubiger nicht möglich wäre. Diese begründeten Rechte der Gläubiger gingen aber den Interessen des Vermächtnisnehmers vor, der höchstens einen „auf Freigebigkeit beruhenden Gewinn“ verlieren könnte.

Dagegen bezeichnete die bayrische Regierung die Aufnahme des Vindikationslegates als „dringend wünschenswert“ und stimmte dem Entwurfe nur mit der Maßgabe zu, daß die vermachte Sache, soweit sie nicht zur Befriedigung der vor dem Vermächtnisse zu deckenden Nachlaßverbindlichkeiten erforderlich wäre, im Verhältnisse des Vermächtnisnehmers zu den Erben und deren Gläubigern als dem Vermächtnisnehmer gehörig angesehen werden sollte[6]). Anhalt hielt

---

[1]) *Zur Kritik des Entwurfs eines BGB., ArchZivPrax. 75. S. 403.*
[2]) *Vorträge III. S. 127.*
[3]) *Jahresbericht S. 25.*
[4]) *Zusammenstellung I., 175; II., 41.*
[5]) *Zusammenstellung I. S. 175.*
[6]) *A. a. O.*

schließlich die Aufnahme des Vindikationslegates hinsichtlich bestimmter Nachlaßgegenstände für erforderlich [1]).

Bei der Mehrzahl der Besprechungen in der wissenschaftlichen Kritik stieß der Entwurf und insbesondere die Begründung der Motive auf Ablehnung.

Es wurde zunächst bestritten, daß das Vindikationslegat mit dem Prinzip der den Entwurf beherrschenden Universalsukzession unvereinbar wäre. Dernburg führte dazu auf dem 19. Deutschen Juristentage vom Jahre 1888 aus [2]), selbst die Römer hätten das Gefühl gehabt, daß der Vermächtnisnehmer einen Schutz haben müßte; sie hätten deshalb im Widerspruche mit der Idee der Universalsukzession die dingliche Wirkung der Legate anerkannt. Gierke [3]) meinte, der Entwurf habe in diesem Punkte „an Romanismus das römische Recht übertrumpft". Diese Ansicht wurde auch von Kloeppel [4]), Bähr [5]) sowie vom preußischen Justizministerium [6]) geteilt. Übereinstimmend wiesen diese auch darauf hin, es lasse sich auch aus dem römischen Rechte entnehmen, daß das Vindikationslegat mit der Lehre vom Eigentumserwerbe nicht in Widerspruch stehe. Ebenso ergebe das preußische Recht, daß das dingliche Vermächtnis auch bei einem ausgebildeten Grundbuchsysteme sehr wohl möglich sei. Es handele sich daher bei der Bestimmung des Entwurfes nur um eine einer scheinbaren Konsequenz entsprechende Neuerung von sehr problematischem Werte [7]).

Für die Aufnahme des Vindikationslegates wurde weiter geltend gemacht, daß nur durch dieses eine wirksame Sicherung des Vermächtnisnehmers möglich sei [8]). Nicht bloß der Wille des Erblassers sei zu ehren, sondern auch der Vermächtnisnehmer sei zu schützen [9]). Denn dieser Schutz und diese Sicherung des Vermächtnisnehmers entsprächen allein dem wahren Willen des Erblassers, dem der Legatar nicht minder lieb sei als der Erbe [10]), und der dem Vermächtnis-

---

[1]) *A. a. O.*
[2]) *Verhandlungen Band III., S. 94.*
[3]) *Entwurf S. 515.*
[4]) *Gruchot 32 S. 854.*
[5]) *Gegenentwurf S. 170 und Beurteilung des Entwurfes eines BGB. S. 164.*
[6]) *Bemerkungen S. 303.*
[7]) *Salkowski Band 49 S. 60.*
[8]) *Kloeppel, Dernburg, Bähr a. a. O.; Salkowski S. 59.*
[9]) *Dernburg Jur.-Tag. III. S. 97.*
[10]) *Bähr, Gegenentwurf S. 170.*

nehmern eine Sache und nicht nur eine Forderung zuwenden wollte [1]). Da im Volke auch die scharfe Trennung zwischen Universal- und Singularsukzession nicht durchgedrungen sei, entspreche es auch nicht dem Rechtsbewußtsein des Volkes, den Legatar statt auf die vermachte Sache auf ein Forderungsrecht gegen den Erben zu verweisen [2]).

Gegenüber den Ausführungen der Motive, daß durch den unmittelbaren Erwerb des Vermächtnisnehmers die Verfügungsmacht des Erben zum Zwecke der Liquidation des Nachlasses beeinträchtigt und damit dieser sowohl wie der Nachlaßgläubiger leicht gefährdet würden, wurde darauf hingewiesen [3]), das geltende Recht gewähre dagegen durch die Bestimmung hinreichenden Schutz, daß der Vermächtnisnehmer sich nicht eigenmächtig in den Besitz der vermachten Sache setzen dürfe, diese vielmehr vom Erben erhalten müsse. Zudem sei es aber auch allgemeiner Grundsatz, daß die Nachlaßgläubiger den Legataren vorgingen. Ein Legat, das über den Reinertrag der Erbschaft hinausginge, sei schon nach römischem Rechte nichtig gewesen; aus ihm könne deshalb auch kein Eigentum entstehen [4]).

Schließlich wurde noch bemerkt [5]), daß im Falle des Vindikationslegates einmal ausnahmsweise in großen Gebieten Deutschlands Rechtsgleichheit bestehe, die zu ändern kein Anlaß gegeben sei.

Während so die genannten Verfasser und ihnen folgend auch der 19. Deutsche Juristentag [6]) sich gegen die Abschaffung des Vindikationslegates aussprachen, andere, wie Petersen [7]), sie „für nicht unbedenklich" erklärten, versuchte eine dritte Gruppe durch eigene Formulierungen eine Neuregelung vorzubereiten.

So schlug Jakubewsky [8]) vor, den Erben zum „mittelbaren Stellvertreter des Vermächtnisnehmers" zu erklären. Im Verhältnisse zwischen dem Vertretenen einerseits und dem mittelbaren Stellvertreter und dessen Gläubigern andererseits sollte die vermachte Sache alsdann als dem Vertretenen gehörig gelten.

Friedensburg [9]) war der Ansicht, dem eigenartigen Wesen des Vermächtnisses müsse auch ein eigenartiges Recht aus dem Vermächtnisse entsprechen. Dieses Recht können zwar einerseits nicht

---

[1]) *Dernburg a. a. O. S. 95.*
[2]) *Dernburg a. a. O. S. 96; Bähr, Gegenentwurf S. 170.*
[3]) *Salkowski S. 59; Dernburg a. a. O. S. 96; Bähr a. a. O. S. 170.*
[4]) *Dernburg a. a. O. S. 97.*
[5]) *Wilk, Jur.-Tag. Bd. III. S. 99.*
[6]) *III., S. 105.*
[7]) *Beiträge 16, S. 25.*
[8]) *Bemerkungen S. 318.*
[9]) *19. Jur.-Tag. Band II., S. 58/9.*

Eigentum sein; dieses sei ohne den Besitz des Vermächtnisnehmers nur de iure vorhanden, während der Bedachte nicht in der Lage sei, davon auch nur den geringsten, dem Herrschaftsbegriffe entsprechenden Gebrauch zu machen. Wenn man aber den Vermächtnisnehmer nicht zum bloßen Nachlaßgläubiger herabdrücken wolle, dürfe sein Recht auch kein bloßes obligatorisches Forderungsrecht sein. Es müsse vielmehr zwischen diesem und dem Eigentumsrechte die Mitte halten und ein dingliches Recht auf die vermachte Sache darstellen. Im Konkurse müsse dieses Recht einen Aussonderungsanspruch geben. Der Erbe würde sich durch bewußt rechtswidrige Veräußerung der vermachten Sache der Unterschlagung schuldig machen.

Die wesentlichen streitigen Fragen werden besonders anschaulich in dem Vorschlage B ä h r ' s [1]), der folgende Bestimmung anstelle des § 1865 empfahl:

„Durch das Vermächtnis geht dessen Gegenstand, wenn er dem Erblasser zugehört hat, in das Eigentum des Vermächtnisnehmers über. Dieser darf gleichwohl nicht unmittelbar Besitz davon ergreifen, hat vielmehr den Besitz vom Erben zu empfangen. Sind Grundstücke Gegenstand des Vermächtnisses, so bedarf es zur Eintragung auf den Namen des Vermächtnisnehmers der Bewilligung der Erben. Ist eine Forderung Gegenstand des Vermächtnisses, so hat der Erbe dem Vermächtnisnehmer eine Urkunde auszustellen, worin er den Übergang der Forderung auf ihn anerkennt, oder ihm dieslebe zu übertragen erklärt. Solange der Erbe berechtigt ist, das Inventarrecht zu erwirken, ist er zur Übertragung des Gegenstandes und Vermächtnisanspruches an den Vermächtnisnehmer nicht verpflichtet."

B. Die weitere Entstehungsgeschichte des § 2174 BGB

Die Versuche, das Vindikationslegat, wenn auch in eingeschränkter Form, beizubehalten, wurden auch in der Kommission für die II. Lesung des Entwurfes fortgesetzt. Es wurden dort zahlreiche, zum Teil äußerst verklausulierte Anträge auf Wiederaufnahme des dinglichen Vermächtnisses gestellt [2]).

Erneut wurde u. a. betont, daß das zu schaffende Gesetzbuch kein neues Recht konstruieren, sondern lediglich dem geltenden Rechte den richtigen Ausdruck geben sollte. Das Vindikationslegat bestehe

[1]) *Gegenentw. § 1654, S. 170; Arch. Bürg. Recht III. S. 171.*
[2]) *Vgl. hierzu und zum folgenden Prot. V. S. 201—209.*

aber „seit Menschengedenken“ und entspreche daher allein dem Volksbewußtsein. Es allein sei geeignet, den wahren Willen des Erblassers zu verwirklichen; nach diesem Willen solle aber der Vermächtnisnehmer „wie ein Erbe“ erwerben.

Im übrigen wurden die auch bereits von der wissenschaftlichen Kritik gegen die Motive vorgebrachten Gründe wiederholt und ferner darauf hingewiesen, daß das Traditionsprinzip durch die §§ 843, 844 des II. Entwurfs (jetzt §§ 930, 931 BGB.) ohnehin schon eine wesentliche Einschränkung erfahren habe. Wenn aber gleichwohl zum Übergange des Eigentumes ein äußerer Tatbestand erfordert würde, so könne als solcher recht wohl der Tod des Erblassers gelten.

Auch das von den Motiven in den Vordergrund gestellte Interesse der Nachlaßgläubiger verlange nicht — so wurde ausgeführt — die Abschaffung des Vindikationslegates. Einerseits würden nämlich die Legatare nur selten zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten herbeigezogen. Andererseits sei aber auch ein Schutz der Nachlaßgläubiger dadurch möglich, daß ein kausal beschränktes Verfügungsrecht des Erben über die Vermächtnisgegenstände geschaffen würde. Eine solche Regelung würde zwar neue Einzelbestimmungen, aber keine Komplikation des Gesamtwerkes nötig machen.

Die Kommission lehnte jedoch eine Spezialberatung der auf Erhaltung des Vindikationslegates gerichteten Anträge mit 10 : 8 und in einer weiteren Sitzung mit 11 : 6 Stimmen ab [1]).

Geringeres Gewicht legte man auf die Bedenken, die dem unmittelbaren Rechtserwerbe des Bedachten vom Standpunkte des Grundbuchsystems aus entgegengestellt werden könnten. Man wies darauf hin, daß das Grundbuch beim Tode des Erblassers in jedem Falle unrichtig werde; es müsse also jedenfalls ermittelt werden, auf wen das Eigentum übergehe. Wenn aber einmal solche Ermittlungen notwendig würden, so könne es nicht wesentlich darauf ankommen, ob man sie auf die Person des Erben zu beschränken oder aber auch auf etwaige Vermächtnisnehmer auszudehnen habe.

Entscheidend war vielmehr der erneute Hinweis auf das Traditionsprinzip, das nach der Ansicht der Mehrheit der Kommission eine Eigentumsübertragung durch bloße Willenserklärung ausschließe und auch durch die §§ 843, 844 des II. Entwurfes nicht aufgegeben sei.

Ferner könnte nach der Ansicht der Kommission auch nicht ohne weiteres anerkannt werden, daß der Wille des Erblassers auf sofortigen Eigentumserwerb des Bedachten gerichtet sei. Falls der Testator einen

[1]) *Prot. VI. S. 346.*

solchen unmittelbaren Rechtserwerb wünschte, ständen ihm andere Mittel und Wege als die einfache Aussetzung eines Vermächtnisses zur Verfügung.

Schließlich wurde auch die Beibehaltung des Vindikationslegates bei gleichzeitiger Anerkennung eines Veräußerungsrechtes des Erben abgelehnt. Die Einführung eines kausal-bedingten Veräußerungrechtes des Erben würde zu Mißlichkeiten bei der Prüfung der Notwendigkeit der Veräußerung führen; bei Schaffung eines unbedingten Veräußerungsrechtes des Erben würde dagegen der Vermächtnisnehmer nur ein dominium sine re erhalten. Der dadurch für den Bedachten geschaffene geringe praktische Vorteil könnte die Aufnahme einer Reihe alsdann notwendig werdender komplizierter Gesetzesbestimmungen nicht rechtfertigen.

Die weiteren Materialien des BGB., insbesondere die Denkschrift zum Entwurfe eines BGB. und die Bundesratsvorlage [1]), beschäftigen sich nicht mehr mit der Frage des dinglichen Vermächtnisses. Im Reichstage [2]) wurden die §§ 1908—2204 BGB. en bloc angenommen.

Nach dem Inkrafttreten des BGB. ebbte der Kampf um das Vindikationslegat naturgemäß ab. Zwar betonten einzelne Stimmen noch, daß § 2174 BGB. dem Schutzbedürfnisse des Vermächtnisnehmers nicht gerecht werde [3]), und Schreuer [4]) bezeichnete die Abschaffung des dinglichen Vermächtnisses als „gewiß mit Unrecht" erfolgt. Die überwiegende Mehrzahl der Verfasser stellte sich aber in der Rechtslehre auf den Boden der einmal gegebenen Tatsachen und sah von einer kritischen Würdigung des schuldrechtlichen Vermächtnisses völlig ab [5]).

---

[1]) *§ 2150. Der Abs. 2 des § 1865 I. Entw. war als überflüssig gestrichen worden.*

[2]) *Mugdan Bd. V., S. 726.*

[3]) *Vgl. z. B. Leonhard § 2174; Endemann Bd. III., S. 676.*

[4]) *S. 505.*

[5]) *Cosack-Mitteis II., S. 458; Crome V., § 2174; Binder S. 75; Kretzschmar S. 218; Frommhold S. 177; Bendix S. 848; Krückmann S. 786; Engelmann S. 829; Enneccerus-Kipp § 101; Planck-Flad V., § 2174.*

III. Die Frage des dinglichen Vermächtnisses im Hinblick auf die Erneuerung des deutschen Vermächtnisrechtes

In der Konstituierenden Sitzung des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht [1]) am 3. April 1935 wies Reichsminister Dr. Frank darauf hin, daß das Vermächtnisproblem einer eingehenden Nachprüfung bedürfe. In der Tat kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die überaus zahlreichen Vorschriften des BGB. über das Vermächtnis in mancher Beziehung als wenig zweckentsprechend zu bezeichnen sind und zum Teile „ein rein papiernes Dasein führen" [2]).

Wenn nun im folgenden die Frage geprüft werden soll, ob im zukünftigen Rechte das dingliche Vermächtnis wieder anstelle des rein schuldrechtlichen treten oder neben diesem anerkannt werden soll, so ist zunächst folgendes festzustellen:

Wie sich aus den Regelungen ergibt, die alle Rechte, welche das dingliche Vermächtnis kennen, getroffen haben, besteht das Hauptproblem des dinglich wirkenden Vermächtnisses in dem Ausgleiche der Interessen der Nachlaßgläubiger und des Vermächtnisnehmers [3]).

Ohne Zweifel bringt das dingliche Vermächtnis dem Vermächtnisnehmer größere Sicherheit. Es nimmt die vermachte Sache unmittelbar aus der Erbschaft heraus; sie gehört von nun an dem Vermächtnisnehmer und ist ihm vom Erblasser selbst zum Eigentum übertragen. Ein endgültiger Verlust des Eigentums kann nur dann noch eintreten, wenn der Erbe die Sache rechtsgeschäftlich entgeltlich an einen gutgläubigen Dritten veräußert. Gegen eine solche Veräußerung aber wird der Vermächtnisnehmer — wenigstens mittelbar — durch die Bestimmung des § 246 RStGB., nach der sich der Erbe im Falle

[1]) *Deutsche Justiz 1935, S. 793.*
[2]) *Bosch, Deutsche Justiz 1935, S. 782.*
[3]) *So auch Staud.-Boehmer S. 286 (241).*

der Veräußerung der Unterschlagung schuldig macht, gegebenenfalls auch durch § 266 RStGB. geschützt. Gegen Zugriffe der Erbengläubiger auf die vermachte Sache würde der Vermächtnisnehmer gemäß § 771 ZPO., § 43 KO. vorgehen können.

Auf der anderen Seite bringt aber der unmittelbare Eigentumserwerb des Vermächtnisnehmers eine Gefährdung der Nachlaßgläubiger mit sich. Denn da der Erbe nach geltendem und sicherlich auch nach künftigem Rechte eine auf den Nachlaß beschränkte Haftung herbeiführen kann, würden die Nachlaßgläubiger beim sofortigen Eigentumserwerbe des Vermächtnisnehmers immer dann das Nachsehen haben, wenn der Nachlaß nicht zu ihrer Befriedigung ausreicht: es sei denn, daß man entgegen dem jetzigen Rechte eine unmittelbare Haftung auch des Vermächtnisnehmers für die Nachlaßschulden einführte [1]). Hinzu kommt, daß der unredliche Erblasser mit dem dinglichen Vermächtnisse ein Mittel hätte, seine Gläubiger um die im Nachlasse befindlichen Sicherungs- und Befriedigungsobjekte zu bringen [2]).

Gegen diese Gefährdung der Nachlaßgläubiger kann eine Bestimmung, daß diese dem Vermächtnisnehmer bei der Befriedigung aus dem Nachlasse vorgehen, und daß dem Bedachten die eigenmächtige Inbesitznahme der vermachten Sache verboten ist, auch nur für die Fälle helfen, in denen sich der Vermächtnisnehmer noch nicht im Besitze der vermachten Sache, z. B. als Entleiher, Mieter, Verwahrer, befindet [3]). In allen anderen Fällen würde eine solche Bestimmung zum Schutze der Nachlaßgläubiger nicht ausreichen und versagen. Ebenso würde auch nur für die zuerst genannten Fälle die Schaffung eines kausal-bedingten oder auch unbedingten Veräußerungsrechtes des Erben über die vermachten Gegenstände den Nachlaßgläubigern einen wirksamen Schutz bieten, da sich sonst der Eigentumsanspruch der Erwerber an dem Rechte zum Besitze des Vermächtnisnehmers stoßen würde (§ 986 Abs. 2 BGB.). Dabei soll ganz davon abgesehen werden, daß — wie bereits in den Protokollen zum BGB. zutreffend dargelegt worden ist [4]) — der Schaffung solcher Veräußerungsbefugnisse schwerwiegende praktische Bedenken entgegenstehen würden.

Um auch für die Fälle, in denen sich der Vermächtnisnehmer zur Zeit des Erbfalles bereits im Besitze der vermachten Sache befindet, eine wirksame Sicherung der Nachlaßgläubiger zu ermöglichen, bliebe

---

[1]) *Siehe dazu weiter unten und nächste Seite.*
[2]) *Staud.-Boehmer S. 286 (241).*
[3]) *So Staud.-Boehmer S. 287 (241).*
[4]) *Vgl. S. 48 der Arbeit.*

als einziger Weg nur der übrig [1]), den Vermächtnisnehmer einer unmittelbaren Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten mit dem vermachten Gegenstande oder dessen Geldwerte zu unterwerfen. Es ist aber eine Erfahrungstatsache, daß sich die Vermächtnisanordnungen in der Mehrzahl der Fälle nicht auf große Vermögensteile, sondern vielmehr auf kleine und kleinste Einzelbestandteile des Nachlasses beziehen. Mit Recht betont daher Boehmer, daß eine solche Regelung für die Nachlaßgläubiger eine „unerträgliche Erschwerung der Rechtsverfolgung bedeuten würde, wenn sie allen unter die Vermächtnisnehmer verteilten Nachlaßstücken nachzuspüren hätten und den Bedachten nachzulaufen gezwungen wären".

Mit Rücksicht auf die Gläubigerbelange müssen demnach der Wiedereinführung der dinglichen Vermächtnisse schwerwiegende Bedenken entgegengestellt werden.

Auf der anderen Seite bringt aber das heutige rein schuldrechtliche Vermächtnis eine Gefährdung des Bedachten insofern mit sich, als der Erbe die vermachten Gegenstände unberechtigt veräußern kann, oder aber die Gläubiger des Erben sich im Wege der Zwangsvollstreckung in den Besitz der vermachten Sachen setzen und sich aus ihnen befriedigen können [2]). Es wurde bereits bei der Behandlung des römischen Rechtes geschildert, welche zahlreichen Sicherungsmittel dieses selbst dem Vindikationslegatar zubilligte, und zwar nur aus dem Grunde, weil dem Legatar nicht das Eigentum, sondern lediglich der Besitz an der vermachten Sache einstweilen fehlte. Demgegenüber ist der Vermächtnisnehmer des BGB. überhaupt nicht mit besonderen Sicherungsmitteln ausgerüstet. Er hat weder ein gesetzliches Pfandrecht, noch greift zu seinen Gunsten gegenüber dem Erben ein gesetzliches Veräußerungsverbot ein. Es stehen ihm lediglich die allgemeinen Mittel des Arrestes und der einstweiligen Verfügung (§§ 916 ff., 935 ff. ZPO.) sowie gegebenenfalls die Vormerkung gemäß § 883 BGB. zu. Er hat aber gegen Vollstreckungshandlungen der Erbengläubiger weder die Vollstreckungsgegenklage des § 771 ZPO. noch das Aussonderungsrecht gemäß § 43 KO. Falls Gläubiger des Erben in den vermachten Gegenstand vollstrecken, kann der Vermächtnisnehmer lediglich gemäß § 1981 Abs. 2 BGB. die Anordnung der Nachlaßverwaltung erwirken. Die in diesem Falle eintretende Absonderung des Nachlasses von dem Eigenvermögen des Erben verschließt den Erbengläubigern den Zugriff auf den Nachlaß (§ 1984 Abs. 2 BGB.) und damit auch auf den vermachten Gegenstand, und führt auch auf Klage gemäß § 784 Abs. 2 ZPO. zur Aufhebung bereits begonnener,

[1]) *Staud.-Boehmer S. 287 (241, 242).*
[2]) *So Staud.-Boehmer S. 287 (242).*

aber noch nicht vollendeter Zwangsvollstreckungshandlungen. Den Nachlaßkonkurs aber kann der Vermächtnisnehmer nur dann beantragen, wenn auch über das Vermögen des Erben selbst das Konkursverfahren eröffnet wird (§ 219 Abs. 1 Satz 2 KO.); im Nachlaßkonkurse selbst kann der Vermächtnisnehmer wieder erst dann etwas beanspruchen, wenn sogar solche Gläubiger, denen lediglich ein Schenkungsversprechen gemacht worden ist, befriedigt sind (§§ 226 Abs. 2 Ziffer 3 und 5 KO., 1973, 1974 BGB.) [1]).

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß diese Sicherungsmittel des Vermächtnisnehmers in manchen Fällen nicht zu seiner Befriedigung führen werden, insbesondere dann nicht, wenn er zu spät kommt, und die Zwangsvollstreckung schon vollendet ist. Denn dann bleibt nur noch ein schuldrechtlicher Ersatzanspruch gegenüber dem Erben aus § 1978 Abs. 1 BGB. übrig [2]).

Die Frage ist nur, ob diese mangelnde Sicherheit des Vermächtnisnehmers überzeugend für die Notwendigkeit der Wiedereinführung des dinglichen Vermächtnisses spricht, das zwar einerseits für den Vermächtnisnehmer größere Sicherheiten bringt, aber andererseits eine nicht zu vermeidende Gefährdung der Nachlaßgläubiger zur Folge hat. Falls auf Grund einer Abwägung dieser widerstreitenden Interessen des Vermächtnisnehmers und der Nachlaßgläubiger ein Bedürfnis nach Wiedereinführung des dinglichen Vermächtnisses bejaht werden müßte, so würde zunächst die Frage, ob das dingliche Vermächtnis als solches in Widerspruch zum Traditionsprinzip oder zum Grundbuchsystem treten würde, nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein.

Selbst die Gegner des dinglichen Vermächtnisses haben zugestehen müssen, daß der Gegensatz zum Grundbuchsystem nicht unüberbrückbar ist. Ferner ist auch das Traditionsprinzip durch das Besitzkonstitut und die Anspruchsabtretung der §§ 930, 931 BGB. in wesentlichen Beziehungen aufgegeben [3]). Selbst wenn aber zum Eigentumsübergange nach wie vor ein äußerer Tatbestand erfordert werden sollte, so könnte dieser sehr wohl im Tode des Erblassers gesehen werden, der ja auch der ausschließliche Tatbestand einer wirklichen Erbfolge ist [4]).

Schließlich können aber auch alle dogmatischen Schwierigkeiten äußerstenfalls durch eine besondere gesetzliche Regelung überwunden werden. Die Gesetzgebung des Dritten Reiches dürfte sich aus dem

---

[1]) *Siehe dazu Staud.-Boehmer S. 287 (242); Boehmer, JW. 1938, S. 2634 (2636).*

[2]) *Staud.-Boehmer S. 287 (242).*

[3]) *Wieacker, Wandl. S. 32.*

[4]) *Staud.-Boehmer S. 5 (2).*

Grunde, weil eine als notwendig erkannte gesetzliche Regelung mit gewissen gesetzestechnischen Schwierigkeiten verbunden sein würde, nicht von der Durchführung dieser Regelung abhalten lassen [1]). Dies beweisen schon die Bestimmungen der §§ 26 Reichserbhofgesetz, 11 REHRV.: Dort ist unter Abweichung vom allgemeinen Vermächtnisrechte bereits jetzt das Recht der Eltern des Anerben oder der Ehefrau des Erblassers auf Verwaltung und Nutznießung als Vermächtnis mit unmittelbarer dinglicher Wirkung ausgestaltet [2]). Die Nutznießung und Verwaltung entsteht kraft Gesetzes mit dem Tode des Erblassers, der Berechtigte hat nicht bloß einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Anerben.

Schließlich könnte auch der Umstand, daß die Anerkennung des dinglichen Vermächtnisses nach geltendem Rechte eine Umgestaltung des Erbscheines erforderlich machen würde, nicht ausschlaggebend gegen eine Wiederaufnahme der dinglich wirkenden Vermächtnisse sprechen. Die Frage, in welcher Form der Erbschein in Zukunft weiter bestehen soll, ist heute noch ungeklärt. Eine Bestimmung dahingehend, daß z. B. kleinere und sog. Bagatellvermächtnisse nicht in den Erbschein aufzunehmen seien, würde wohl die bei dieser Frage bestehende Hauptschwierigkeit ausräumen können [3]).

Die Wiedereinführung dinglicher Vermächtnisse hängt demnach ausschließlich von der Beantwortung der Frage ab: Verlangen die tatsächlichen Gegebenheiten des volklichen Lebens, gesehen unter den Wertmaßstäben nationalsozialistischer Rechtsanschauung, unabweislich die Wiedereinführung dinglich wirkender Vermächtnisse?

Die Beantwortung dieser Frage bedingt eine Untersuchung des rechtspolitischen Charakters der Vermächtnisse. Dabei kann es nicht genügen, festzustellen, daß das Vermächtnis eine auf der Freigebigkeit des Erblassers beruhende und eine Bekundung der Dankbarkeit, Treue, Kameradschaft, Fürsorge usw. darstellende letztwillige Verfügung sei, und daß bei Abwägung der widerstreitenden Belange das Interesse der Nachlaßgläubiger oder die rechtsgeschäftliche Verkehrsmoral gegenüber solchen Ansprüchen des Bedachten den Vorrang haben müsse. Vielmehr muß hierbei berücksichtigt werden, daß die nationalsozialistische Welt- und Rechtsanschauung den Grundsatz des rechtlich zu schützenden Privateigentums vertritt, und daß sie dem Eigentümer sofern er nicht gemeinschaftswidrig und damit sittenwidrig

---

[1]) *So mit Recht Staud.-Boehmer S. 286 (240).*

[2]) *Stoll § 17 III., S. 80; Doelle, Lehrbuch S. 84; Staud.-Boehmer S. 286 (240).*

[3]) *Staud.-Boehmer S. 286 (241).*

im Sinne des § 138 BGB. handelt - das freie Verfügungsrecht über sein Eigentum zuerkennt und schützt. Wenn nun weiter in Betracht gezogen wird, daß dieses Privateigentum ohne ein gesetzlich geschütztes und gesichertes Erbrecht nur eine Halbheit, der Eigentümer nicht mehr als ein lebenslanger Nießbraucher wäre, so ist erkennbar, daß auch das Interesse des Eigentümers und Erblassers an der Verwirklichung seiner letztwilligen Eigentumsverfügungen durch Vermächtnisanordnungen an ihm Nahestende rechtlich durchaus schutz- und sicherungswürdig ist [1]).

Es fragt sich aber nicht nur, welchen ethischen Zweck der Erblasser mit der Anordnung eines Vermächtnisses bezweckt, sondern auch, welches der rechtliche Zweck der Vermächtnisse nach unserer heutigen Lebens- und Rechtsauffassung ist. Es wäre nun zu einfach, festzustellen, daß nach der Ansicht des gesund und rechtlich denkenden Volksgenossen der Vermächtnisnehmer ein „kleiner Erbe" sei und deshalb auch so wie der Erbe das Eigentum an der vermachten Sache mit dem Tode des Erblassers unmittelbar erwerben müsse. Es kann zumindest zweifelhaft sein, ob der „Mann aus dem Volke" tatsächlich noch ganz allgemein trotz der fast vierzigjährigen Herrschaft des BGB. diese Ansicht vertritt, oder ob ihm nicht doch bewußt ist, daß der Vermächtnisnehmer zur Eigentumsbegründung die vermachte Sache vom Erben erhalten muß.

Maßgebend kann vielmehr nur sein, welche Stellung das Vermächtnis als durch den Tod einer Person ausgelöster Anspruch innerhalb des Systemes aller auf diesem Rechtsgrunde beruhender Ansprüche hat. Nur wenn diese Stellung festgelegt ist, kann auch eine Abwägung der Interessen aller Beteiligten erfolgen und entschieden werden, welche dieser Interessen eines erhöhten und welche eines geringeren Schutzes bedürfen.

Nach den Darlegungen Boehmer's [2]) sind die durch den Tod des Erblassers ausgelösten Ansprüche Dritter gegen den Nachlaß in drei Gruppen zu teilen [3]):

1. die Erblasserschulden, d. h. alle schon entstandenen oder im Werden begriffenen Pflichten des Erblassers, in die der Erbe als Gesamtnachfolger des Erblassers eintritt;
2. die Erbfallschulden, d. h. alle die Verpflichtungen, die erst unmittelbar durch den Erbfall zur Entstehung gelangen, nämlich die Vermächtnisse und Auflagen, die sog. gesetzlichen Vermächtnisse

[1]) *Vgl. dazu auch Boehmer, Vorschläge S. 9.*
[2]) *Erbfolge S. 117/8.*
[3]) *A. a. O.*

der §§ 1932, 1969 BGB., die Pflichtteilsansprüche und die Erbschaftsteuerschuld;

5. die Nachlaßkostenschulden, d. h. die Kosten der Nachlaßregulierung entsprechend § 224 KO.

Die Vermächtnisansprüche entstehen anders als die Erblasserschulden erst mit dem Erbfalle als neue, originäre Verpflichtungen des Erben, die der Erblasser als solche noch nicht hatte. Sie entstehen aber auch unmittelbar mit dem Erbfalle, und nicht wie die Nachlaßkostenschulden erst nach ihm [1]). Sie sind demnach Erbfallschulden und treten auch ihrem Zwecke nach in Gegensatz zu den anderen Nachlaßverbindlichkeiten.

Das Vermächtnis soll, wie schon ausgeführt wurde, dem Bedürfnisse des Erblassers dienen, gewisse Bestandteile seines Vermögens solchen Personen zuzuwenden, die in der Regel nicht als Erben eingesetzt werden. Das geschieht nach geltendem Rechte in der Form, daß dem Erben eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Befriedigung des Vermächtnisnehmers auferlegt wird. Das Vermächtnis ist also eine Rechtsform für „Ansprüche auf Sonderbeteiligung am Nachlasse neben dem Erben" [2]). Es steht damit auch inhaltlich im Gegensatz zu den Erblasser- und Nachlaßkostenschulden. Denn während, wie Boehmer [3]) es ausdrückt, „die Erblasserschulden wirkliche „„Passiva"" des vererbten Vermögens, die Nachlaßkostenschulden „„Verwaltungslasten"" des Nachlasses sind, ... machen die Erbfallgläubiger Ansprüche auf „„gesellschaftliche Beteiligung"" an dem Vermögen geltend, die nur ihrer äußeren Rechtsform nach Forderungen sind". Die Erblassergläubiger sind nach Boehmer Obligationäre, die Nachlaßkostengläubiger Verwaltungskreditoren, die Erbfallgläubiger dagegen Aktionäre des Nachlasses. Daraus folgt aber, daß die Erbfallgläubiger nur Anspruch auf den Vermögensüberschuß haben, den das wirkliche Gesellschaftskapital (Nettobestand des Nachlasses) [4]) bildet. Hieraus ergeben sich für die rechtliche Behandlung der Vermächtnisgläubiger nach geltendem Rechte zwei grundsätzliche Folgerungen:

1. Die Vermächtnisnehmer sind bei der Befriedigung aus dem Nachlasse den anderen Nachlaßgläubigern im Range nachgesetzt.
2. Sie sind in stärkerem Maße als die sonstigen Nachlaßgläubiger mit ihren Ansprüchen an den Bestand und Wert des Nachlasses

---

[1]) *Erbfolge S. 125.*
[2]) *Erbfolge S. 126.*
[3]) *Erbfolge S. 126.*
[4]) *Erbfolge S. 127.*

gebunden [1]). Diese Bindung ist besonders stark beim Stückgutvermächtnisse, das überhaupt nur dann wirksam ist, wenn der Gegenstand zur Zeit des Erbfalles zur Erbschaft gehörte (§ 2169 Abs. 1 BGB.). Bei Gattungs- und Geldvermächtnissen ist die Nachlaßgebundenheit zwar weniger stark. Aber auch bei diesen hat der Erbe gemäß §§ 1992, 1990, 1991 BGB. die Befugnis, den Vermächtnisnehmer durch die Vollstreckungspreisgabe auf den Nachlaß zu beschränken.

Es fragt sich nun, ob die neue deutsche Rechtsauffassung eine Änderung dieser rechtlichen Form der Vermächtnisse verlangt.

Diese Frage dürfte in der Hauptsache zu verneinen sein.

Nach wie vor wird auch heute der Sinn und Zweck einer Vermächtnisanordnung der sein, bestimmten Personen auf Grund ihres besonderen Verhältnisses zum Erblasser Zuwendungen zu machen. Das Motiv zu diesen Zuwendungen mag gewiß in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle edel und billigenswert sein. Das bedingt aber noch nicht, daß dem Vermächtnisnehmer nun auch das Recht gegeben werden müßte, seinen Anspruch mit dinglicher Wirkung gegenüber allen anderen Nachlaßgläubigern durchsetzen zu können. In erster Linie haben vielmehr diese Nachlaßgläubiger einen Anspruch auf Verwertung des Nachlasses zu ihrer Befriedigung [2]) und bedürfen eines wirksamen Schutzes ihrer Ansprüche. Dies erfordert sowohl die Sicherheit und das Vertrauen auf die Redlichkeit im rechtsgeschäftlichen Verkehre, als auch der Umstand, daß in vielen Fällen erst durch die Leistungen der Nachlaßgläubiger das Nachlaßvermögen geschaffen worden ist, an dem der Vermächtnisnehmer Sonderrechte auf Teilnahme geltend machen will. Es wurde nun aber bereits oben festgestellt, daß alle Schutzmittel, die bei dem bestehenden Interessenkonflikt zwischen dem Vermächtnisnehmer und den Nachlaßgläubigern bei Wiedereinführung des dinglichen Vermächtnisses zugunsten der letzteren geschaffen werden könnten, für den Regelfall nur von unzulänglicher Wirkung sind. Immer würde zumindest eine erhebliche Gefährdung der Interessen der Nachlaßgläubiger entstehen. Vom rechtspolitischen Standpunkte aus erscheint daher die Wiedereinführung des dinglich wirkenden Vermächtnisses untunlich und nicht zur Wahrung der schutzwürdigeren Interessen geboten.

Es muß jedoch auch die Rechtslage betrachtet werden, die eintritt, wenn der Nachlaß zur Deckung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreicht, oder diese letzteren bereits sämtlich erledigt sind. Andere

---

[1]) *Boehmer, Erbfolge S. 127.*

[2]) *So Staud.-Boehmer S. 287 (243).*

schutzwürdige Interessen als das des Erblassers an der Durchführung seines letzten Willens und das des Vermächtnisnehmers am Erhalt der vermachten Sache sind in diesem Falle stets dann nicht mehr vorhanden, wenn es sich nicht um gemeinschaftswidrige Vermächtnisse handelt. Für diese letzteren aber hat der Gesetzgeber bereits durch § 48 Abs. 2 des Gesetzes über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. 7. 1938 (RGBl. I. S. 973) die endgültige Regelung getroffen; sie sind nichtig. Für alle anderen Vermächtnisse wurde aber bereits oben erwähnt, daß bei ihnen der Vermächtnisnehmer nach geltendem Rechte weder gegen unberechtigte Verfügungen des Erben noch gegen Zugriffe der Erbengläubiger hinreichend geschützt ist. Daraus folgt aber auch, daß in diesen Fällen das schutzwürdige Interesse des Erblassers an der Durchführung seines rechtlich zu billigenden letzten Willens nicht hinreichend gewahrt ist. Diesen berechtigten Interessen des Erblassers und des Vermächtnisnehmers gerecht zu werden, wird deshalb Aufgabe einer gesetzlichen Neuregelung sein müssen.

Eine Richtschnur für diese Rechtserneuerung ist die von Boehmer[1]) gezeigte „Kompromißlösung". Sie greift auf frühere Rechtsbehelfe zurück und ist auch durch die sonstige Behandlung des Vermächtnisses im BGB. (§§ 2169 Abs. 1 und 3, 2184, 2185) gerechtfertigt. Aus den genannten Bestimmungen ergibt sich, daß die Vermächtnisse schon nach geltendem Rechte in einer Reihe von Beziehungen im Innenverhältnis zwischen Erbe und Vermächtnisnehmer so behandelt werden, als ob sie dingliche Zuwendungen und daher an den Nachlaßbestand gebunden wären.

Boehmer verweist dabei zunächst auf § 2169 Abs. 1 und 3 BGB., nach dem ein Individualvermächtnis nur dann wirksam ist, wenn der Gegenstand zur Zeit des Erbfalles zur Erbschaft, d. h. dinglich oder doch kraft eines schuldrechtlichen Anspruches (§ 2169 Abs. 3) zum Nachlasse gehört. Dabei ist beachtlich, daß entgegen den allgemeinen Vorschriften diese Zugehörigkeit zum Nachlasse auch dann nicht mehr vorliegt, wenn der Erblasser zur Zeit des Erbfalles zwar noch Eigentümer der Sache war, aber zur Veräußerung an einen Dritten verpflichtet war (§ 2169 Abs. 4)[2]). Ferner führt Boehmer die Vorschriften der §§ 2184, 2185 BGB. an, nach denen einerseits die Erträgnisse des Vermächtnisses, mit Ausnahme der Gebrauchsvorteile, vom Erbfalle an dem Vermächtnisnehmer zustehen, andererseits aber auch der Vermächtnisnehmer dem Erben Verwendungen

[1]) *Staud.-Boehmer S. 288 (243).*
[2]) *Boehmer, Erbfolge S. 130.*

auf die Vermächtnisgegenstände vom Erbfalle an nach den Regeln zu ersetzen hat, die für das Verhältnis zwischen Besitzer und Eigentümer gelten. Diese Sonderstellung des im Innenverhältnis zwischen Erben und Vermächtnisnehmer „wie ein dinglich Nachlaßbeteiligter" behandelten Bedachten will Boehmer auch auf das Außenverhältnis zu Dritten, insbesondere zu den Erbengläubigern ausgedehnt wissen.

Im einzelnen macht Boehmer dazu folgenden Vorschlag, der die einschlägigen Fragen erschöpfend behandelt, und dem man sich vollinhaltlich anschließen kann:

Zum Schutze des Vermächtnisnehmers gegenüber entgeltlichen Verfügungen des Erben, die nicht zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger erforderlich sind, soll dem Erben ein gesetzliches Veräußerungsverbot auferlegt werden. Bei unentgeltlichen Verfügungen des Erben soll dem Vermächtnisnehmer in entsprechender Anwendung des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. ein unmittelbarer Herausgabeanspruch gegen den Empfänger zustehen.

Entsprechend der Stellung des Vermächtnisnehmers als wirtschaftlichem Eigentümer der vermachten Sache soll ihm ferner gegenüber den Erbengläubigern, die im Wege der Zwangsvollstreckung die vermachte Sache beschlagnahmt haben, die Drittwiderspruchsklage des § 771 ZPO. sowie das Aussonderungsrecht des § 43 KO. gegeben werden.

Den Einwand, daß auch diese Rechtsbehelfe dann keine wirksame Sicherung des Vermächtnisnehmers herbeiführen würden, wenn der rechtsgeschäftlich entgeltliche Erwerber der vermachten Sache gutgläubig sei, wiederlegt Boehmer zutreffend mit dem Hinweise darauf, daß in diesem Falle die Rechtsstellung des Vermächtnisnehmers auch dann nicht besser sein würde, wenn das Vermächtnis mit dinglicher Wirkung unmittelbar das Eigentum auf den Bedachten übertragen würde.

Diesem Vorschlage kann man sich nach meiner Ansicht in allen Punkten anschließen. Er verschafft dem Vermächtnisnehmer diejenigen Sicherheiten, die ihm unter billiger Berücksichtigung der Belange aller Beteiligten zustehen, und hat den Vorteil, die Schaffung neuer gesetzlicher Bestimmungen auf ein Mindestmaß zu beschränken. Schließlich führt er auch zu dem Erfolge, daß die Verwirklichung des letzten Willens des Erblassers immer dann im größtmöglichen Maße gesichert ist, wenn dieser Verwirklichung höher einzuschätzende Interessen nicht entgegenstehen.

IV. Anhang

Die Wirkungsformen des Vermächtnisses in den abendländischen und abendländisch beeinflußten Auslandsrechten

Die folgende Übersicht wird bewußt auf die abendländischen und abendländisch beeinflußten Auslandsrechte beschränkt, weil das nationalsozialistische Deutschland außerhalb des Abendlandes kein Vorbild für seine Rechtserneuerung suchen wird [1]).

A. Die Vorherrschaft des dinglichen Vermächtnisses

1. Der Rechtskreis des code civil

Von denjenigen Ländern, in denen zufolge ihrer staatlichen Zugehörigkeit zu Frankreich im Jahre 1804 der code civil in Kraft trat, haben ihn als Gesamtwerk bis heute nur Belgien und Luxemburg beibehalten. Gemäß einer Königl. Verordnung vom 28. 6. 1926 ist darüber hinaus der belgische code civil vom 3. 9. 1807 auch in dem abgetrennten deutschen Gebiete Eupen-Malmedy eingeführt worden. In diesen Ländern gilt daher die Bestimmung des art. 1014 c. c., und damit das dinglich wirkende Vermächtnis [2]).

Die Niederlande und Monaco, in denen ursprünglich auch der code civil in Kraft war, haben ihn im Jahre 1838 bzw. 1859 durch eigene Zivilgesetzbücher — Burgerlijk Wetboek bzw. Zivilgesetzbuch — ersetzt. Beide Gesetzbücher haber aber im Wesentlichen denselben materiellen Inhalt wie der code civil.

Die vermächtnisrechtlichen Bestimmungen des code civil haben ferner folgende französischen Tochterrechte übernommen: Portugal (1868), Dominica (Codigo civil von 1884), Louisiana

---

[1]) *Staud.-Boehmer S. 58.*

[2]) *Leske-Löwenfeld Band VII., S. 7.*

(1825), Quebec (1867), Costarica (1887), Chile (Codigo de Chile von 1855), und die Nachbildungen des chilenischen Gesetzbuches, nämlich Ekuador[1]), Columbien[2]), Nicaragua[3]), Honduras[4]), San Salvador[5]) und Panama[6]).

Unter dem Einflusse des code civil stehen ferner die Gesetzbücher folgender Länder:

Italien: In art. 847 des codice civil von 1865 ist das dinglich wirkende Vermächtnis anerkannt. Eine Teilübersetzung des italienischen c. c. ist das bulgarische Gesetz über die Beerbung vom 25. 1. 1890[7]).

Spanien: Der spanische código civil von 1888 gibt in der Regel dem Vermächtnisnehmer nur einen persönlichen Anspruch gegen den Beschwerten; das Vermächtnis eines dem Erblasser gehörigen Stückgutes wirkt jedoch gemäß art. 822 dinglich. Diese spanische Regelung haben völlig übernommen: Cuba[8]), Portorico und die Philippinen[9]), sowie der código civil von Peru (1852) und diesem nachgebildeten Gesetzbücher von Venezuela, Uruguay und Guatemala[10]).

In Brasilien gibt art. 1692 des Gesetzes von 1916 mit den Verbesserungen vom 15. 1. 1919 dem Vermächtnisse dingliche Wirkung[11]).

Ebenso hat das Vermächtnis nach dem mexikanischen BGB. von 1884/1928 (art. 3421)[12]) dingliche Wirkung und gibt darüber hinaus dem Vermächtnisnehmer in Höhe seines Vermächtnisses ein Pfandrecht und ein Zurückbehaltungsrecht an allem vom Erben aus der Erbschaft Erworbenem.

2. Ungarn

Hier besteht keine einheitliche Gesetzeskodifikation. Durch Gesetzesartikel 16 vom Jahre 1875 — Prinzipielle Entscheidung der Königlichen

---

[1]) *HW. I., 870;* [4]) *HW. I., 726;*
[2]) *HW. I., 854;* [5]) *HW. I., 741;*
[3]) *HW. I., 732;* [6]) *HW. I., 741.*
[7]) *HW. I., 18. Vgl. Goronow, ZAkDR. 1936, S. 60.*
[8]) *Gemäß Verordn. v. 1. 1. 1899; HW. I., 754.*
[9]) *ZAuslR. 4, S. 413.*
[10]) *In Guatemala ist ein neues ZGB. in Vorbereitung, vgl. ZAuslR. 6, S. 504.*
[11]) *ZivGes. d. Gegenw. III., S. 345.*
[12]) *HW. I., 658.*

Kurie 275 ist die dingliche Wirkung des Vermächtnisses anerkannt [1]).

3. Schweden

Durch die Gesetze über Erbrecht vom Jahre 1928 und Testamente vom Jahre 1930 ist auch hier das Vermächtnis mit dinglicher Wirkung zur Regel gemacht [2]).

B. Die Vorherrschaft des schuldrechtlichen Vermächtnisses

Das österreichische ABGB. gilt in Jugoslawien, und zwar in Altserbien in der Fassung des Serbischen BGB. von 1844 [3]).

Nur einen persönlichen Anspruch gibt das Vermächtnis des Schweizerischen Zivilgesetzbuches in § 562 Abs. 1 [4]), sowie das Türkische Gesetzbuch von 1926, das eine Totalrezeption des schweizerischen Gesetzeswerkes darstellt. Eine dem schweizerischen Rechte entsprechende Vorschrift findet sich schließlich auch im Gesetzbuche von Liechtenstein vom Jahre 1923.

Weitestgehend vom deutschen Rechte sind folgende Gesetze beeinflußt:

Das BGB. von Japan aus dem Jahre 1898 entspricht im Wesentlichen dem II. Entwurfe des deutschen BGB.; eine dem heutigen § 2174 BGB. entsprechende Vorschrift fehlt jedoch [5]). Ebenso fehlt eine solche Bestimmung dem Siamesischen BGB. von 1925 und dem 5. Buche des Zivil- und Handelsgesetzbuches von China [6]), die im übrigen beide auf dem deutschen BGB. aufgebaut sind.

Das sowjetrussische ZGB. von 1922 erkennt zwar, nachdem vorübergehend durch Dekret von 1918 jegliche Form des Erbrechtes aufgehoben war [7]), neben der gesetzlichen die testamentarische

[1]) *HW. I., 281; Almasi S. 296.*
[2]) *Pappenheim in ZAuslR. 5., S. 290 und Bd. 1/2., S. 49.*
[3]) *Der Vorentwurf eines einheitlichen ZGB. von 1933 schließt sich eng an das ABGB. an und bringt im Vermächtnisrechte keine Änderung; vgl. ZAuslR. 9, 517.*
[4]) *Tuor-Escher S. 591; Curti-Forrer, § 564.*
[5]) *Vgl. Vogt, Japanisches BGB.*
[6]) *In Kraft seit 1931; vgl. Bünger, Zivil- und HGB. in China.*
[7]) *Vgl. Boehmer, Erbfolge S. 7.*

Erbfolge wieder an, doch ist in beiden Fällen nur ein enger Kreis von Personen erbberechtigt. Dies sind die direkten Nachkommen (Kinder, Enkel, Großenkel), der überlebende Ehegatte und diejenigen arbeitsunfähigen und vermögenslosen Personen, die tatsächlich von dem Verstorbenen in seinem letzten Lebensjahre voll unterhalten wurden [1]). Nach Art. 422 ZGB. gilt als Testament eine von einer Person in schriftlicher Form abgegebene Erklärung von Todes wegen. Diese kann die Überlassung des Vermögens an eine oder mehrere bestimmte Personen aus dem oben bezeichneten Kreise der Erbberechtigten oder eine von der gesetzlichen Erbfolge abweichende Art der Verteilung unter diese Personen zum Ziele haben. Nach Art. 423 ZGB. kann der Erblasser demjenigen, der auf Grund eines Testamentes das Nachlaßvermögen erhält, die Erfüllung einer Verpflichtung zugunsten anderer gesetzlicher Erben auferlegen. Diese haben dann das Recht, die Erfüllung der betreffenden Verpflichtung seitens des Erben zu verlangen und werden den Nachlaßgläubigern gleichgestellt [2]).

C. Länder mit Sonderregelungen

Das englische Recht [3]) war bis zum Jahre 1925 noch von dem Unterschiede zwischen der Erbfolge in Immobilien – real estate – und der in Mobilien — personal estate — beherrscht. Dieser Unterschied ist jedoch durch die erbrechtlichen Einzelgesetze von 1925/6 im Wesentlichen beseitigt (Law of Property Act; Administration of Estates Act; Trustee Act; Legitimacy Act).

Heute wird in England ein Erbschaftsverwalter – executor oder der vom Gerichte eingesetzte administrator — Eigentümer des gesamten hinterlassenen Vermögens [4]). Durch diesen Verwalter erfolgt nach Tilgung der Nachlaßschulden die Befriedigung der Vermächtnisnehmer. Sie kann durch appropriation, assent oder durch gewöhnliche Übereignung erfolgen [5]). Appropriation bedeutet dabei die Befugnis, durch Ausscheidung einer Einzelsache aus einer Gattung Eigentum zu übertragen. Anstelle einer Übergabe tritt hier eine Ver-

[1]) *Vgl. Maklezow S. 356.*

[2]) *Vgl. Maklezow S. 357.*

[3]) *Vgl. Flad S. 738; ZivGes. d. Gegenw. II., 633 ff. (Pringsheim); ZIntPriv. u. StR. Bd. III., S. 1–6; Bd. V., S. 256/7 (Inhülsen); DJur.-Ztg. 1926, S. 55/6 (Wilke); Enneccerus-Kipp V., S. 270.*

[4]) *Curti, England I. S. 211/2.*

[5]) *Vgl. zum folgenden ZivGes. d. Gegenw. II. S. 704 ff.*

einbarung mit dem Erwerber, daß zu seiner Befriedigung eine bestimmte Einzelsache verwendet werden soll. Assent bedeutet die Zustimmung zum Übergange eines Rechtes und bewirkt diesen Übergang mit Rückwirkung auf den Todestag des Erblassers. Der Assent, der bei Stückgutvermächtnissen die allgemein übliche Art der Vermächtniserfüllung ist, bedarf nur beim Übergange von Grundstücksrechten der schriftlichen Form. Im übrigen ist er formlos gültig und auch in der Form der stillschweigenden Ermächtigung des Vermächtnisnehmers zur Besitzergreifung an der vermachten Sache möglich. Seine Wirkung ist dinglich wie die eines Übertragungsaktes.

Im Erbrechte der Vereinigten Staaten von Nordamerika [1]) ist eine Neuregelung wie in England bisher noch nicht erfolgt. Es herrscht daher noch das englische gemeine Recht des 17. Jahrhunderts Common Law , das jedoch vielfach durch die Statute der Einzelstaaten geändert oder ergänzt ist. Dadurch ist eine schwer zu übersehende Rechtszersplitterung entstanden. Immerhin können im Erbrechte alle Staaten mit Ausnahme von Louisiana und Quebec als Common-Law-Staaten betrachtet werden [2]). Dabei sind folgende Grundzüge erkennbar [3]):

Das amerikanische Recht kennt keine erbrechtliche Universalsukzession und damit auch keinen Unterschied zwischen Erben und Vermächtnisnehmern. Dagegen herrscht nach wie vor der Unterschied des englichen Feudalsystems zwischen unbeweglichem und beweglichem Vermögen.

Der Übergang des unbeweglichen Vermögens an den Erben oder Vermächtnisnehmer erfolgt im allgemeinen unmittelbar, während das bewegliche Vermögen zunächst der Verwaltung durch einen executor oder administrator unterliegt. Diese haben die Stellung eines Eigentümers — legal owner —. Sie müssen zunächst die Nachlaßschulden befriedigen. Zu diesem Zwecke können sie durch das Testament oder durch besonderen gerichtlichen Beschluß auch ermächtigt werden, Immobilien, die im allgemeinen nicht ihrer Verwaltung unterliegen, zur Befriedigung der Gläubiger als sogenannte assets heranzuziehen. In diesem Falle haben die Verwalter gegen die Erben einen Anspruch auf Herausgabe der zum Immobiliarvermögen gehörenden assets. Nach Deckung der Schulden wird das verbleibende Vermögen unter die Erben oder Vermächtnisnehmer nach Maßgabe des Testamentes verteilt.

---

[1]) *Leske-Loewenfeld-Großmann IX., S. 1 ff. und S. 143 ff.*
[2]) *ZAuslR. VII., 809.*
[3]) *Leske-Loewenfeld-Großmann a. a. O.*

In der früheren Tschechoslowakei gilt in Böhmen, soweit diese Gebiete nicht zu Deutschland zurückgekehrt sind, Mähren und Schlesien das obligatorische Vermächtnis des österreichischen ABGB., in der Slowakei das dingliche Vermächtnis des ungarischen Rechtes. Der Entwurf eines gemeinschaftlichen Zivilgesetzbuches von 1931 hielt im Erbrechte an der Regelung des ABGB. fest [1]).

In Polen mußten bis zum Herbst 1939 fünf verschiedene Gebiete unterschieden werden:

a) In Kongreßpolen, dem früheren Herzogtume Warschau, wurde im Jahre 1808 der französische code civil völlig übernommen und damit auch das dingliche Vermächtnis des art. 1014 c. c.;
b) in den abgetrennten deutschen Gebieten (Posen, Pomerellen, Oberschlesien) galt deutsches Recht [2]);
c) in den abgetrennten österreichischen Gebieten (insbesondere in Galizien) galt das schuldrechtliche Vermächtnis des ABGB.;
d) in dem kleinen Gebiete von Spiz und Orawa war ungarisches Recht mit dinglichem Vermächtnisse in Kraft;
e) in den früheren russischen östlichen Provinzen und in Wilna galt während des Bestehens Polens zaristisch-russisches Recht, das gemäß Art. 1086 dem Vermächtnisnehmer nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben oder den Testamentsvollstrecker gab [3]).

In Rumänien gilt nebeneinander der altrumänische, dem code civil nach gebildete codul civile von 1865, das österreichische ABGB., zaristisch-russisches und ungarisches Recht. Das Justizministerium hat im Jahre 1935 den Entwurf eines Zivilgesetzbuches herausgebracht, über den aber Näheres noch nicht bekannt geworden ist [4]).

In Litauen waren bis zur Eingliederung Wilnas drei Gebiete zu unterscheiden:

a) Westlich der Memel gilt kongreßpolnisches-französisches Recht;
b) östlich der Memel gilt zaristisch-russisches Recht;
c) in Polangen ist das Liv-, Est- und Kurländische Recht von 1864 in Kraft, das im übrigen auch im größten Teile Lettlands in

---

[1]) *ZAuslR. VII., 544.*

[2]) *Gesetz vom 1. 8. 1919 und für Oberschlesien vom 15. 7. 1920; HW. I., 163.*

[3]) *Leuthold S. 89; Klibanski II. Art. 1086.*

[4]) *ZAuslR. VIII., 299.*

Geltung ist. Nach Art. 2150 des Kurländischen Rechtes und dem damit übereinstimmenden § 2150 des lettländischen BGB.[1]) kann der Testator ein Vermächtnis dem Legatar sowohl unmittelbar anweisen als auch einem Erben oder Legatar auftragen, einem Dritten ein Vermächtnis auszurichten. Nach Art. 2187 wird das Vermächtnis, an dessen Erlangung keine Bedingung geknüpft ist, im Augenblicke des Todes des Erblassers erworben.

In Montenegro fehlen in dem Gesetzbuche von 1888 erbrechtliche Bestimmungen völlig und werden durch altes Gewohnheitsrecht ersetzt.

In Griechenland will der Entwurf eines Zivilgesetzbuches von 1922 neben dem obligatorischen auch das dingliche Vermächtnis einführen[2]). Eine Neubearbeitung des Erbrechtes ist ebenfalls zurzeit in Estland im Gange[3]); dort hat bisher das österreichische ABGB. den größten Einfluß gehabt.

---

[1]) *Schilling-Ehlers § 2150.*

[2]) *ZAuslR. VII., 623.*

[3]) *HW. I., 54. Ein Vorschlag, das schweizerische Recht in toto zu rezipieren, wurde 1927 abgelehnt — ZAuslR. II. S. 930 —.*

Lebenslauf

Am 4. Juli 1911 wurde ich zu Aachen als ältester Sohn des Justizinspektors Hans Wynands und seiner Ehefrau Emilie geborene Antweiler geboren. Von 1917 bis 1920 besuchte ich die Vorschule des Städtischen Realgymnasiums zu Aachen und alsdann neun Jahre lang das Städtische Realgymnasium in Aachen. Im Jahre 1929 erhielt ich an dieser Anstalt das Reifezeugnis.

Ich studierte dann an den Universitäten Freiburg, Marburg, Bonn und Köln Rechtswissenschaften und bestand am 15. Juni 1935 die erste juristische Staatsprüfung.

Nach Erledigung des Vorbereitungsdienstes bestand ich am 14. Dezember 1938 vor dem Reichsjustizprüfungsamt zu Düsseldorf die Große juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. Januar 1939 bin ich als Gerichtsassessor im Reichsdienst.

Die Anregung zu dieser Arbeit verdanke ich Herrn Prof. Dr. G. Boehmer, Marburg; ich bin verpflichtet, ihm auch hier meinen Dank für seine überaus liebenswürdige Unterstützung und Belehrung bei der Anfertigung der Arbeit auszusprechen.